

WYROK

z dnia 15 listopada 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Agnieszka Bartczak - Żuraw

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 listopada 2012 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2012 roku przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm – RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu (Lider konsorcjum) oraz Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (Partner konsorcjum)**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach**

1. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm - **SNC – Lavalin Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum); SNC – Lavalin Inc. z siedzibą w Quebecu w Kanadzie (Partner Konsorcjum); Hitachi Power Europe GmbH z siedzibą w Duisburgu w Niemczech (Partner Konsorcjum)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

2. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm - **Alstom Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum), Alstom Power System GmbH z siedzibą w Mannheim w Niemczech (Partner Konsorcjum)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

3. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm - **China National Electric Engineering Co. Ltd., z siedzibą w Pekinie - Chińska Republika Ludowa (Lider Konsorcjum), China Overseas Engineering Group**

Co., Ltd. z siedziba w Pekinie - Chińska Republika Ludowa (Partner Konsorcjum), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu odtajnienie i ujawnienie części oferty wykonawców konsorcjum Alstom oraz konsorcjum CNEEC – COVEC w zakresie określonym w uzasadnieniu wyroku .

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm – RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu (Lider konsorcjum) oraz Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (Partner konsorcjum), tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach, na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm – RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu (Lider konsorcjum) oraz Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (Partner konsorcjum), kwotę 23 567 zł 00 gr (słownie dwudziestu tysięcy pięciuset sześćdziesięciu siedmiu 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 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

W dniu 29 października 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) (t.j. Dz. U. z 2010 r, nr 113, poz. 759 ze zmianami) odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum - **RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu (Lider konsorcjum) oraz Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (Partner konsorcjum).**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z prowadzi Zamawiający **Tauron Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach.**

Przedmiotem zamówienia jest „Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w Tauron Wytwarzanie S.A. - Budowa bloku energetycznego o mocy 800 + 910 MW na parametry nadkrytyczne w Elektrowni Jaworzno III - Elektrownia II w zakresie: kocioł parowy, turbozespół, budynek główny, część elektryczna i AKPiA bloku”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 99/150187 w dniu 22 maja 2010 roku.

Odwołanie wniesiono od następujących czynności Zamawiającego:

1. zaniechania udostępnienia informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp ujętych w ofercie nr E-008 złożonej w postępowaniu przez Konsorcjum China Overseas Engineering Group Co. Ltd. oraz China National Electric Engineering Co. Ltd. (dawniej China National Equipment Corporation Co. Ltd.) (dalej: “Konsorcjum CNEEC - COVEC” lub „CNEEC-COVEC”);
2. zaniechania udostępnienia informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp ujętych w ofercie spółek ALSTOM Power Sp. z o.o. oraz ALSTOM Power Systems GmbH (dalej jako: „Konsorcjum ALSTOM” lub „ALSTOM”);
3. zaniechania udostępnienia Odwołującym innych informacji niż wskazane powyżej, które Konsorcjum CNEEC-COVEC niesłusznie zastrzegło w swojej ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa;
4. zaniechania udostępnienia Odwołującym innych informacji, które Konsorcjum ALSTOM niesłusznie zastrzegł w swojej ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zaniechaniom Zamawiającego zarzucono naruszenie przepisów:

1. art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 86 ust. 4 i 5 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak udostępnienia ofert: Konsorcjum CNEEC- COVEC oraz Konsorcjum ALSTOM w takim zakresie, w jakim oferty te zawierają cztery grupy informacji, to jest: informacje dotyczące ceny, informacje dotyczące terminu wykonania zamówienia, informacje dotyczące

okresów gwarancji oraz informacje dotyczące warunków płatności, zawartych w tych ofertach;

2. art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK”) poprzez brak udostępnienia ofert: Konsorcjum CNEEC- COVEC oraz Konsorcjum ALSTOM w takim zakresie, w jakim oferty te zawierają informacje objęte bezskutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wnosił o: uwzględnienie odwołania; nakazanie Zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia informacji, których wskazani Wykonawcy nie mogli zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu wskazano, że zawarte w ofertach CNEEC-COVEC i ALSTOM informacje dotyczące ceny, informacje dotyczące terminu wykonania zamówienia oraz informacje dotyczące warunków płatności powinny podlegać udostępnieniu. Podniesiono, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad rządzących udzielaniem zamówień publicznych (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Możliwość zastrzeżenia przez wykonawcę pewnych informacji zawartych w jego ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) i ograniczenia dostępu do tych informacji (art. 8 ust. 2 Pzp) stanowi wyjątek od tej zasady. Przepisy art. 8 ust. 2 i ust. 3 Pzp, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, podlegają wykładni ścisłej (tak trafnie wyrok KIO z 21 marca 2012 r. o sygn. akt KIO 457/12, wyrok KIO z 5 marca 2012 r. o sygn. akt KIO 223/12; KIO 248/12; KIO 261/12, wyrok KIO z 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2308/10). Również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości stwierdza się, że odstępstwa od podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy interpretować ściśle (por. wyrok TS z 17 listopada 1993 r. w sprawie C- 71/92 Komisja v. Hiszpania, punkt 36 uzasadnienia, wyrok TS z 3 maja 1994 r. w sprawie C-328/92 Komisja v. Hiszpania, punkt 15 i 16 uzasadnienia, a także wyrok z 2 października 2008 r., C-157/08, Komisja v. Włochy).

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Z kolei potwierdzeniem zasady jawności jest przepis art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, a w związku z tym niedopuszczalna jest taka jego wykładnia, która prowadziłaby do ograniczenia zasady jawności.

Art. 86 ust. 4 Pzp stanowi, że wykonawca nie może zastrzec czterech grup informacji: informacji dotyczących ceny; informacji dotyczących terminu wykonania zamówienia;

informacji dotyczących okresu gwarancji; informacji dotyczących warunków płatności.

Oдноśnie informacji dotyczących ceny, zauważono, że Pzp zawiera definicję ceny (art. 2 pkt 1 Pzp), a skoro ustawodawca rozróżnił „cenę” od „informacji dotyczącej ceny”, to zakresy tych pojęć różnią się od siebie. Zwrot „informacje dotyczące” ceny jest szerszy niż pojęcie ceny (tak trafnie KIO między innymi, w wyroku z 20 czerwca 2011 r. o sygn. akt KIO 1243/11 oraz w wyroku z 20 lipca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 798/09).

W rezultacie, zdaniem Odwołującego, kategoria „informacji dotyczących ceny” obejmuje wszystkie informacje danej oferty, które - w okolicznościach danego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia - dotyczą ceny. W orzecznictwie KIO potwierdzono, że „informacje dotyczące ceny” to między innymi informacje, wiążące się ze sposobem obliczenia ceny. Sposób ten wynika bowiem bezpośrednio, na podstawie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) i dla każdego z wykonawców jest tożsamy i wiążący (por. wyrok KIO z 20 lipca 2009 r. sygn. KIO/UZP 798/09). Niemniej jednak, gdyby ustawodawca zamierzał ograniczyć wyłączenie spod zasady jawności jedynie „sposób obliczenia ceny”, to posłużyłby się dokładnie tym zwrotem. Szczególnie, że używa go w innym przepisie ustawy - w art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp. Tak więc, zakaz z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp rozciąga się nie tylko na „sposób obliczenia ceny”, ale również na inne informacje, które — w realiach danej oferty i danego postępowania — odnoszą się ściśle do ceny. Ani więc CNEEC-COVEC, ani ALSTOM nie mogły skutecznie domagać, aby Zamawiający nie udostępniał takich informacji.

Pierwszym dokumentem zawierającym informacje bezpośrednio dotyczące ceny jest Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (Załącznik nr 3 do Kontraktu). Dokument ten „musiał pokazywać Etapy Realizacji netto w PLN na 100% (sto procent) Ceny Kontraktu netto” (tak SIWZ- Część III.2. Wymagania do opracowania załączników do kontraktu, Wymagania dotyczące Załącznika nr 3, strona 8/69 Części III.2. SIWZ). W kolumnach czwartej, piątej oraz szóstej tabeli zawartej w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym Konsorcja CNEEC-COVEC oraz ALSTOM miały podać: Wartość Etapu Realizacji Netto (kolumna czwarta); Wartość zaliczki netto rozliczanej w danym Etapie Realizacji (kolumna piąta); Wartość Etapu Realizacji netto po odjęciu zaliczki (kolumna szósta) (tak SIWZ- Część III.2. Wymagania do opracowania załączników do kontraktu, Wymagania dotyczące Załącznika nr 3, strona 8/69 Części III.2. SIWZ). Były to informacje, które w tym konkretnym postępowaniu dotyczyły bezpośrednio i ściśle ceny, a więc takie, których, zasadniczo, nie można skutecznie zastrzec.

Harmonogram Rzeczowo-Finansowy stanowi też przykład ujęcia drugiej kategorii informacji, których ani Konsorcjum CNEEC- COVEC ani ALSTOM nie mogły zastrzec., mianowicie informacji dotyczących warunków płatności. Zgodnie z art. 86 ust. 4 ustawy

Pzp, nie zastrzega się informacji odnoszących się do *warunków płatności* zawartych w ofertach. Zdaniem odwołującego, z brzmienia tego przepisu wynikają co najmniej trzy wnioski. Po pierwsze, chodzi o takie informacje dotyczące warunków płatności, które pochodzą od wykonawców. Po drugie, chodzi też o takie informacje wykonawców, które nie stanowią powtórzeń warunków płatności z treści SIWZ, gdyż tak interpretowany zakaz byłby bezprzedmiotowy - informacji w SIWZ nie przygotowuje wykonawca, warunki płatności z SIWZ nie są podawane przy otwarciu ofert (warunki te wraz z SIWZ udostępnia się wcześniej). Po trzecie, zakazowi utajniania informacji dotyczących warunków płatności przez wykonawcę odpowiada obowiązek zamawiającego udostępnienia takich danych, jeżeli zostały zastrzeżone. Sąd Najwyższy w uchwale z 18 września 2002r., III CZP 52/02, przesądził, że termin płatności, to element warunków płatności. Z przywołanego orzeczenia SN wypływa również wniosek, że skoro termin płatności stanowi element warunków płatności, to nie jest on całością warunków płatności i na te ostatnie składają się również inne elementy.

W niniejszej sprawie, dokumentami, które zawierają przygotowane przez Wykonawców informacje dotyczące warunków płatności są: Harmonogram Rzeczowo - Finansowy (Załącznik nr 3 do Kontraktu) oraz Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu (Załącznik nr 6 do Kontraktu). Zamawiający nie był zatem uprawniony odmówić ich udostępnienia.

Niezależnie od warunków płatności, dokumenty przywołane powyżej zawierają także trzeci zbiór informacji, który w reżimie art. 86 ust. 4 ustawy Pzp nie może być wyłączony spod zasady jawności - mianowicie - **informacje związane z terminem wykonania zamówienia.**

Pzp posługuje się pojęciem „terminu wykonania zamówienia”. Stanowi on obligatoryjny element SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp) oraz obligatoryjny element ogłoszenia o zamówieniu (art. 41 ust. 1 pkt 6, art. 48 ust. 2 pkt 5 Pzp). Zakres pojęcia „informacji dotyczących terminu wykonania zamówienia” jest zatem inny niż pojęcia „termin wykonania zamówienia”. „Informacje dotyczące terminu wykonania zamówienia” są zwrotem szerszym i pojęć tych nie można - zgodnie z regułami interpretacyjnymi językowej wykładni prawa - utożsamiać.

Zgodnie z treścią SIWZ Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu zawarty jest w Załączniku nr 6 do Kontraktu i obejmuje m.in. kluczowe terminy Realizacji Kontraktu. Zamawiający wyszczególnił tam łącznie siedem kluczowych terminów, przy czym wykonawcy mieli uzupełnić pierwsze cztery z nich (tak punktu 5.2. Części III.I. SIWZ - „Kontrakt” s. 39-40 oraz 5.2. Części I SIWZ - „Instrukcja dla Wykonawców i Wymagania Formalno Prawne, s. 47). Zgodnie z treścią pkt 6.1. Części III.I. SIWZ - „Kontrakt” Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu ma zawierać terminy przekazywania wszystkich rodzajów Dokumentacji

Wykonawcy wymienionych w punkcie 6.1. Części III.I. SIWZ (tak punkt 6.1. Części III.I. SIWZ - „Kontrakt” s. 41-44,).

Wypełnione przez CNEEC-COVEC i ALSTOM w Ramowym Harmonogramie Kontraktu kluczowe terminy realizacji Kontraktu, a także terminy przekazywania Dokumentacji Wykonawcy są zatem — w realiach tego konkretnego zamówienia — informacjami *bezpośrednio* dotyczącymi terminu wykonania zamówienia w rozumieniu art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Co więcej, informacje bezpośrednio dotyczące terminu wykonania zamówienia zawarte są również w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym, i to w odniesieniu do każdego z podanych w nim Etapów Realizacji (na podobną naturę harmonogramu rzeczowo finansowego zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 8 lutego 2011r. KIO 152/11, KIO 158/11). Zamawiający wymagał w SIWZ, aby w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym wykonawcy uwzględnili fakt, że *termin zakończenia* każdego Etapu Realizacji i sporządzania Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji następuje najpóźniej do 26 (dwudziestego szóstego) dnia danego miesiąca. Wykonawcy mieli także uwzględnić w tym Harmonogramie fakt, że „Wykonawca nie może umieścić w Harmonogramie Rzeczowo- Finansowym takiego Etapu Realizacji, który byłby płatny *wcześniej* niż wypłata przez Zamawiającego pełnej kwoty zaliczki określonej w punkcie 3.1. Artykułu III Kontraktu.” (tak: Wytyczne wypełniania Załącznika nr 3, SIWZ - Część III.2., s. 8). Nadto, zgodnie z treścią SIWZ, Wykonawca przygotowując w Ofercie Harmonogram Rzeczowo-Finansowy miał uwzględnić, aby *terminy* wpisane w Załączniku nr 3 do Kontraktu (czyli w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym) były zgodne z *terminami* wpisanymi do Załącznika nr 6 do Kontraktu - Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu (tak Wytyczne wypełniania Załącznika nr 3, SIWZ - Część III.2., s. 13 w aktach postępowania).

W rezultacie, w świetle postanowień SIWZ, Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu przygotowywany przez Wykonawcę w Ofercie musiał uwzględniać / zachowywać wszystkie Etapy Realizacji i ich terminy podane w Ofercie przez Wykonawcę w opracowanym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym (Załącznik nr 3 do Kontraktu), w tym kluczowe Etapy Realizacji podane przez Zamawiającego w Wymaganiach dotyczących Załącznika nr 3 do Kontraktu (Część III.2. SIWZ). Informacje dotyczące terminu wykonania zamówienia miały być przy tym opracowane w ujęciu co najmniej miesięcznym począwszy od chwili zawarcia Kontraktu do zakończenia wydłużonego Okresu Gwarancji.

Wskazując dalej, zaznaczono, że Zamawiający ma obowiązek *weryfikacji* dokonanego przez wykonawców zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp (uchwała SN z 21.10.2005, III CZP 74/05, OSNC 2006 Nr 7-8, poz. 122 oraz liczne orzeczenia KIO, na przykład, wyrok KIO z 18 marca 2011 r. o sygn. akt KIO 447/11, KIO 449/11, KIO 452/11).

Badanie oferty w zakresie związanym z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp nie wymagało od

Zamawiającego nadmiernej czasochłonności. Nie było potrzeby zwracania się o wyjaśnienia ani do wykonawców, ani do osób trzecich. Same informacje zostały umieszczone na formularzach, których wzory przygotował Zamawiający. Tak więc, brak odtajnienia wszystkich bez wyjątku informacji zawartych w zastrzeżeniach Konsorcjum CNEEC-COVEC oraz wszystkich bez wyjątku informacji zastrzeżonych przez ALSTOM, w ocenie Odwoływających, nastąpił z naruszeniem przepisów prawa. Przywołane powyżej części ofert Konsorcjum CNEEC-COVEC oraz ALSTOM zawierają nie tylko informacje, co do których - w reżimie art. 86 ust. 4 Pzp - utajnienie ich w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinno być uznane za bezskuteczne. Znajdują się tam również takie, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na indywidualne niespełnienie przesłanek z art. 11 ust. 4 UZNK.

Konsorcja CNEEC-COVEC i ALSTOM zastrzegły tajemnicę przedsiębiorstwa z uchybieniem art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK.

Art. 11 ust 4 UZNK określa, jakie przesłanki muszą wystąpić łącznie, aby określona informacja mogła zostać skutecznie uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa. Do tych niezbędnych przesłanek ustawodawca zaliczył: charakter informacji - musi ona mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą; niejawność informacji - to jest brak wcześniejszego ujawnienia informacji do wiadomości publicznej oraz podjęcie aktów staranności w celu zachowania poufności danej informacji. Niespełnienie którejkolwiek z nich skutkuje bezskutecznością zastrzeżenia z art. 8 ust. 3 Pzp. Wyrokiem z 5 września 2001 r. (I CKN 1159/00) Sąd Najwyższy stwierdził, że na podstawie art. 11 ust. 4 UZNK nie można objąć tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu tego wyroku stwierdził także, że informacja dotychczas nieznana traci swój tajny charakter i tym samym ochronę wówczas, gdy zostanie rozpowszechniona w sposób pozwalający każdemu zainteresowanemu na zapoznanie się z nią bez zgody dysponenta. Oznacza to, że informacja utrzymuje status tajemnicy przedsiębiorstwa tylko do chwili, kiedy dysponent ujawnia ją w taki sposób, że legalny dostęp do niej otrzymuje szerszy krąg adresatów.

W realiach zamówienia, zarówno CNEEC-COVEC, jak i ALSTOM zastrzegły informacje, które nie były lub przestały być tajne. Zastrzegły też informacje takie, które można pozyskać na legalnej drodze. Dotyczy to przede wszystkim, ale nie wyłącznie, pięciu zbiorów informacji: danych, które konsorcja CNEEC-COVEC oraz ALSTOM same ujawniły w jawnej części ofert; danych przygotowanych przez Zamawiającego; oświadczeń lub zobowiązań o treści „narzuconej” przez Zamawiającego; przepisów prawa oraz innych regulacji (np. treści norm), które znalazły się w ofertach tych Konsorcjów; informacji, co do urządzeń, materiałów, sprzętu, aparatury o charakterze standardowym, których parametry

można pozyskać od producentów i/lub dystrybutorów i lub użytkowników (dalej będą one określane jako „dane typowe”).

Pierwsza kategoria dotyczy danych adresowych lub indywidualizujących te Konsorcja oraz ich uczestników lub dane ich reprezentantów (np. adresy, nazwy firm, dane pełnomocników, wzory podpisów i wzory paraf). Brak dostępu do tych informacji uniemożliwia weryfikację prawidłowości formalnej ofert tych Konsorcjów.

W tym zakresie Odwołujący zwrócił uwagę na wymagany przez Zamawiającego układ ofert. Układ wynikający w Rozdziale 13 SIWZ był następujący: podstawowe znaczenie miał **Formularz Oferta**; do tego formularza dołączano kolejne dokumenty - były to **Załączniki do Formularza Oferta** (łącznie mogło ich być sześć). Zamawiający wskazywał na następujące Załączniki:

1. *Załącznik nr 1 do Formularza Oferta pt. „Dokumenty ujawniające zasadę reprezentacji/pełnomocnictwa”;*
2. *Załącznik nr 2 do Formularza Oferta: pt. „Wzory podpisów i paraf”;*
3. *Załącznik nr 3 do Formularza Oferta: pt. „Dane niezbędne do uzupełnienia Kontraktu”;*
4. *Załącznik nr 4 do Formularza Oferta: pt. „Załączniki do Kontraktu”*
5. *Załącznik nr 5 do Formularza Oferta pt. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajności informacji zamieszczonych w tomie „Tajemnica Przedsiębiorstwa”;*
6. *Załącznik nr 6 do Formularza Oferta pt. „Oferta - Tajemnica przedsiębiorstwem”.*

Istotne znaczenie mają dokumenty, które miały stanowić **Załączniki do Kontraktu** (punkt czwarty). Ponieważ zostały określone jako tajemnica przedsiębiorstwa, to nie stanowiły one elementu Załącznika nr 4 do Formularza Oferta, lecz zostały przeniesione do Załącznika nr 6 do Formularza Oferta - Tajemnica Przedsiębiorstwa. Gdyby, na przykład, Harmonogram Rzeczowo - Finansowy lub Ramowy Harmonogram Realizacji Zamówienia Konsorcjum CNEEC-COVEC lub Konsorcjum ALSTOM nie został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, to — zamiast w Załączniku nr 6 do Formularza Oferta powinien być znaleźć się w Załączniku nr 4 do Formularza Oferta. Układ ofert sprawia, że stwierdzenie bezskuteczności zastrzeżenia tych danych nie powinno nastroczać Zamawiającemu większych trudności. Dokumenty w części zawierającej te informacje mogły być udostępniane innym wykonawcom w zasadzie „od ręki”.

Osobną, drugą kategorię tworzą informacje przygotowane przez Zamawiającego. Również i takie dane nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa CNEEC-COVEC i ALSTOM, bowiem zostały udostępnione przez zamawiającego. Szereg dokumentów, znajdujących się w części niejawniej oferty Konsorcjum CNEEC-COVEC oraz oferty Konsorcjum ALSTOM sporządzonych zostało na Formularzach lub Tabelach lub Tablicach lub Spisach przygotowanych Zamawiającego. Co więcej, w ofertach przygotowanych przez Wykonawców

miały znaleźć się przeniesione wprost pewne treści zamieszczone przez Zamawiającego w SIWZ. Dotyczy to w szczególności: Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego (Załącznik nr 3 do Kontraktu); Ramowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu (Załącznik nr 6 do Kontraktu); Wykazu specjalistycznego wyposażenia i części (Załącznik nr 7 do Kontraktu); Programu Zapewnienia i Kontroli Jakości (Załącznik nr 8 do Kontraktu); Zakresu Przedmiotu Kontraktu powierzonego Podwykonawcom (Załącznik nr 10 do Kontraktu); Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy B (punkt 13.8 Artykułu XII Kontraktu — stanowiący element Załącznika nr 3 do Formularza Oferty); Załącznika 2B do Kontraktu - Opis techniczny przedmiotu Kontraktu.

Trzecią kategorię informacji, które również nie powinny stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa CNEEC-COVEC i ALSTOM tworzą *oświadczenia*, których złożenia wymagał Zamawiający, a które miały znaleźć się w załącznikach do Formularza Oferty. Do oświadczeń tych należy zaliczyć:

- **Oświadczenie co do wymagań dla Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu**, które miało stanowić załącznik do Ramowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu. Zamawiający nie wymagał złożenia w Ofercie Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu, a poprzestał jedynie na zobowiązaniu Wykonawców do złożenia oświadczenia według treści zredagowanej przez Zamawiającego.
- **Oświadczenie co do Programu Zapewnienia Kontroli i Jakości dla budowy Bloku**. Tutaj Zamawiający również nie wymagał przedłożenia tego Programu, lecz jedynie złożenia oświadczenia o treści, którą sam zredagował.
- **Oświadczenie co do tego, że Przedmiot Zamówienia będzie realizowany zgodnie z systemem zarządzania jakością (ISO 9001 i ISO 18001 i ISO 14001).**
- **Oświadczenie, że wszystkie elementy Bloku będą posiadać certyfikaty, atesty i dokumentację techniczną - niezbędne do dopuszczenia do stosowania na terenie Polski**; w szczególności, że kocioł będzie wykonany zgodnie z Systemem Zapewnienia Jakości stosownie do Dyrektywy nr 97/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 maja 1997 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstwa Państw Członkowskich dotyczącej urządzeń ciśnieniowych (Dz.Urz. WE L nr 181 z 09.07.1997 r. z późn. zm.)
- **Oświadczenie że szczegółowy Harmonogram dostarczania i zakres Dokumentacji Wykonawcy** zostanie opracowany przez Wykonawcę i dostarczony Zamawiającemu do zatwierdzenia w ciągu 90 (dziewięćdziesięciu) dni od daty zawarcia Kontraktu zgodnie z zapisami punktu 6.1. Artykułu VI Kontraktu. Także i tutaj treść oświadczenia narzucona przez Zamawiającego lub treść z nią równoważna nie powinna stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa CNEEC-COVEC.

Następna, czwarta kategoria informacji „niezastrzegalnych” obejmuje przepisy prawa oraz normy. Te dwie grupy informacji ze swej istoty nie są informacjami dostępnymi jedynie dla

CNEEC-COVEC i ALSTOM. Tutaj należy, przykładowo, wymienić:

- **Certyfikaty** jakości wymagane przez Zamawiającego (np. ISO 9001 lub Certyfikat Jakości zgodny z Dyrektywą nr 97/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 maja 1997 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstwa Państw Członkowskich dotyczącej urządzeń ciśnieniowych (Dz.Urz. WE L nr 181 z 09.07.1997 r. z późn. zm.).
- **Załącznik 2B do Kontraktu** - Opis techniczny przedmiotu Kontraktu, który miał być Załącznikiem nr 2 do Formularza Oferta. W części piątej tego Załącznika wykonawcy mieli podać przepisy, normy i standardy. W ocenie Odwoływających nie są to informacje, o których mowa w art. 11 ust. 4 UZNK.
- **Załącznik nr 5** do Formularza „Oferta” - Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawcy zobowiązani byli wykazać przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 Pzp. Załącznik nr 5 do Formularza Oferta — prawdopodobnie w całości — a na pewno w części wskazującej na dokonaną wykładnię art. 8 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 4 UZNK oraz poglądy prawne tam zawarte, nie powinien zostać uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa CNEEC-COVEC i/lub ALSTOM. Odwołujący wskazują, że z uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 27 lipca 2012r. o sygn. KIO 1199/12 KIO 1205/12 wynika, że dokładnie ci sami wykonawcy, którzy obecnie tworzą Konsorcjum CNEEC-COVEC, w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia, domagali się odtajnienia treści pisma, w którym inni wykonawcy (Konsorcjum Polimex) uzasadniali zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. W tamtej sprawie, Konsorcjum CNEEC-COVEC skutecznie podniosło przed Krajową Izbą Odwoławczą, że „prezentowanie ustawowych prawnych przesłanek i podstaw zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera i nie może zawierać w sobie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącej technologii, organizacji, know-how” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 lipca 2012r. KIO 1199/12 KIO 1205/12, strona 22 uzasadnienia). W ocenie Odwoływających, taki zapatrywanie zachowuje aktualność także i do uzasadnienia ograniczeń tajemnicy przedsiębiorstwa CNEEC-COVEC i ALSTOM.

Piąta grupa informacji opisano, czyniąc zastrzeżenie, że niestandardowy rozmiar lub też spektakularna wartość przedmiotu zamówienia oraz jego znaczenie nie oznaczają, że przy jego realizacji będą wykorzystywane wyłącznie rozwiązania, urządzenia, sprzęt, materiały lub aparatura niestandardowe, prototypowe. Jest wręcz przeciwnie. Tak dużego zadania inwestycyjnego nie sposób zrealizować metodą prób i badań. Korzystanie z prototypów lub projektów pionierskich nie zapewni realizacji w wymaganym czasie (maksymalnie 59 miesięcy od daty podpisania Kontraktu). Muszą to być więc rozwiązania znane, sprawdzone w nowoczesnej polskiej i światowej energetyce. Spośród dokumentów, które zawierają dane typowe należy — w szczególności — wymienić m.in. Załącznik nr 2B do Kontraktu - Opis techniczny Przedmiotu Kontraktu. Ponadto, oprócz danych typowych zawiera on również

informacje dotyczące gwarancji. W Załączniku nr 2B do Kontraktu zostały wskazane m.in. urządzenia, instalacje, wyposażenie, narzędzia, przyrządy, aparatura, materiały, które mają charakter standardowy. Parametry techniczne standardowych rozwiązań są parametrami powszechnie dostępnymi, publikowanymi przez ich producentów, na przykład, w ulotkach oraz na stronach internetowych, prezentuje się je na targach, szkoleniach i konferencjach. Nie mogą one stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są podawane do wiadomości publicznej i nie posiadają w przedmiotowym przypadku wartości gospodarczej, technicznej czy też technologicznej (por. tak trafnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 stycznia 2011r. KIO 2817/10). O tym, że Wykonawcy nie mogli stosować rozwiązań niesprawdzonych, prototypowych świadczy m.in. treść oświadczeń wymaganych od Wykonawcy we wstępie do Kontraktu. Zamawiający wymaga bowiem potwierdzenia przez Wykonawcę, że posiada on własną technologię na projektowanie i wytwarzanie kotła i/lub na parametry nadkrytyczne oraz własną technologię na projektowanie i wytwarzanie turbozespołu i/lub na parametry nadkrytyczne, a także posiada wszystkie inne niezbędne prawa, w tym prawa własności przemysłowej oraz majątkowe prawa autorskie dla całości Przedmiotu Kontraktu. Ewentualnie, Wykonawcy mieli oświadczyć, że posiadają licencje na projektowanie i wytwarzanie kotła i/lub na parametry nadkrytyczne oraz licencje na technologię na projektowanie i wytwarzanie turbozespołu i/lub na parametry nadkrytyczne obowiązujące na terenie Polski dla całości Przedmiotu Kontraktu. W ostateczności, Wykonawcy mieli oświadczyć, że posiadają pisemną zgodę uzyskaną od posiadacza własnej technologii i/lub licencji na projektowanie i wytwarzanie kotła i/lub na parametry nadkrytyczne oraz pisemną zgodę uzyskaną od posiadacza własnej technologii i/lub licencji na projektowanie i wytwarzanie turbozespołu i/lub na parametry nadkrytyczne, obowiązujące na terenie Polski dla całości Przedmiotu Kontraktu.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 5 czerwca 2006r. V Ca 440/06 stwierdził, że jeżeli zastosowane rozwiązanie, bez względu na wielkość przedsięwzięcia, było zgodne z SIWZ wiążącą w tamtym postępowaniu o udzielenie zamówienia, tzn. było zgodne z ówczesnie aktualną wiedzą i światowymi standardami, to było niewątpliwie rozwiązaniem znanym. A w związku z tym niepodlegającym ochronie. Natomiast, jeżeli zaproponowany projekt miał charakter pionierski i prototypowy, to można było, w ocenie Sądu Okręgowego, uznać, że był on niezgodny z SIWZ.

W odniesieniu do Załącznika 2B — ale także w odniesieniu do Załącznika nr 3 do Kontraktu (Harmonogram Rzeczowo Finansowy) oraz Załącznika nr 6 do Kontraktu (Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu) warto także podnieść, że Zamawiający szczegółowo i obszernie opisał przedmiot zamówienia oraz terminy oraz etapy jego realizacji (SIWZ liczy kilka tysięcy stron). Zamawiający precyzyjnie ustalił też elementy i części składowe oraz wyspecyfikował parametry graniczne Przedmiotu Zamówienia. W ocenie

Odwołujących, w stanie faktycznym, gdzie Przedmiot Zamówienia został precyzyjnie opisany przez Zamawiającego a zaoferowane obiekty usług i dostaw do zrealizowania, a także cechy robót budowlanych do wykonania nie powstały u Wykonawcy, to nie stanowią one "know-how" wykonawcy i jako takie nie mogą być utajnione informacje na ich temat (podobnie - Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 12 stycznia 2011 r. KIO 2793/10, wyroku z 20 czerwca 2011 r. KIO 1172/11 oraz w wyroku z 4 czerwca 2012 r. KIO 1016/12). Z tych względów odmowa udostępnienia tych danych była nieuzasadniona. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 26 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2324/10 KIO 2325/10 stwierdziła, że jeżeli wykonawcy zastrzegą plik informacji, a zamawiający co do części z nich stwierdzi, że nie mogą być zastrzeżone - to może odtajnić całość. Nawet gdyby przyjąć, że odtajnienie całości byłoby zabiegiem zbyt daleko idącym, to jeżeli Zamawiający uznał, że jakieś dane w konkretnym dokumencie stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, to powinien był udostępnić dokumenty przynajmniej w tej części (por. wyrok KIO z 1 sierpnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 745/08, wyrok KIO z 20 czerwca 2011 r. o sygn. akt KIO 1172/11, wyrok KIO z 6 grudnia 2010 r. o sygn. akt KIO 2493/10 KIO 2494/10, KIO 2496/10).

Końcowo podniesiono, że odwołanie wniesiono terminowo, a Odwołujący legitymują się interesem prawnym.

W dniu 19 października 2012 r., a więc w dniu, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu, Odwołujący wystąpili do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie treści ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców innych niż Odwołujący, w tym odtajnienie tych części ofert tychże wykonawców, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Pismem z dnia 23 października 2012 r. Zamawiający *de facto* odmówił dostępu do części ofert zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, wskazując, że procedura weryfikacji zasadności utajnienia treści ofert (bądź ich części) nie została jeszcze zakończona. Odwołujący zdają sobie sprawę z tego, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej istnieje rozbieżność poglądów co do początku biegu terminu na wniesienie odwołania wymierzonego w bezprawne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez konkurencyjnych wykonawców. Odwołujący nie mogą zignorować poglądu, reprezentowanego w części orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym zdarzeniem, od którego liczony jest bieg terminu na wniesienie odwołania wobec zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, jest otwarcie ofert. Pogląd taki reprezentowany jest przykładowo w następujących orzeczeniach KIO: w wyroku z 5 lipca 2011 r. o sygn. akt KIO 1334/12, postanowieniu z 18 czerwca 2012 r. o sygn. akt KIO 1161/12, postanowieniu z 9 maja 2012 r. o sygn. akt KIO 840/12, postanowieniu z 18 stycznia 2012 r. o sygn. akt KIO 58/12, wyroku z 1 lipca 2011 r. o sygn. akt KIO 1308/11, wyroku z 11 marca 2011 r. o sygn. akt KIO 404/11, postanowieniu z 27 kwietnia 2011 r. o

sygn. akt KIO 791/11, wyroku z 9 września 2010 r. o sygn. akt KIO 1851/10. Izba uznała w nich, że wykonawcy mogą - przy zachowaniu należytej staranności - powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania (w tym przypadku o bezzasadnym zastrzeżeniu ofert /części ofert jako tajemnica przedsiębiorca) - już w dniu otwarcia ofert (art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp). W tym dniu mogą bowiem zwrócić się do Zamawiającego o udostępnienie ofert i w ten sposób zweryfikować poprawność czynności związanej z oceną przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa - zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp oferty udostępnia się bowiem od chwili ich otwarcia. Wobec powyższego Odwołujący musieli wziąć pod rozwagę to orzecznictwo i płynące z niego ryzyko związane z wniesieniem odwołania po upływie 10 dni od daty otwarcia ofert. W konsekwencji, z ostrożności i zapobiegliwości proceduralnej zdecydowało się na ten krok prawny.

Zdecydowało się także na ten krok prawny mimo, że zastrzegło podobny, ale nieco węższy zakres informacji niż konsorcja CNEEC-COVEC i ALSTOM. Odwołujący, w reżimie art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK znajduje się jednak w istotnie odmiennej sytuacji prawnej i faktycznej niż te konsorcja, co - w razie potrzeby - zostanie przedstawione w toku postępowania przed Izba.

Wniesienie odwołania z uwzględnieniem terminu liczonego zarówno od daty otwarcia ofert, jaki i odmowy udostępnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę, należy oceniać nie jako działanie przedwczesne, lecz jako akt należytej staranności wykonawcy dążącego do uzyskania zamówienia (tak również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 1472/11 oraz wyroku o sygn. akt KIO 100/12).

Jednakże nawet uznanie, iż w obecnym stanie prawnym odwołanie byłoby przedwczesne, nie uzasadniałoby jego odrzucenia. Art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje odrzucić odwołanie wyłącznie w przypadku, gdy zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, nie zaś „z uchybieniem terminu ustawowego” (jak stanowił art. 187 ust. 1 pkt 3 Pzp w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 29 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 1223, poz. 1778). Przesłanki odrzucenia należy zaś interpretować ściśle. Ustawodawca w art. 189 ust. 2 Pzp przewidział wyłącznie jeden ze sposobów uchybienia terminowi - złożenie odwołania po jego upływie (tak przykładowo KIO w wyroku z 4 kwietnia 2012 r. o sygn. akt KIO 583/12 oraz w zacytowanych powyżej wyrokach o sygn. akt KIO 1472/11 i KIO 100/12). Praktyczny, ale i prawny skutek pisma Zamawiającego z 23 października 2012r. jest taki bowiem, że całość zastrzeżonych dokumentów z oferty Konsorcjum CNEEC-COVEC jest wciąż poza zasięgiem Odwołujących. Mimo stanowiska Zamawiającego utrzymuje się więc stan "ograniczenia dostępu", o którym mowa w art. 8 ust. 2 Pzp. Przy czym, w ocenie Odwołujących, stan ten jest niezgodny z art. 8 ust. 1-3, art. 7 ust.

1, art. 86 ust. 3, 4 i 5 Pzp oraz z innymi przepisami prawa wskazanymi w odwołaniu.

Wykazując interes w uzyskaniu zamówienia oraz ryzyko doznania szkody wskutek naruszenia przepisów ustawy, podniesiono, że jako wykonawcy nie podlegający wykluczeniu, posiadający stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujący wymaganym potencjałem, który złożył ważną ofertę w tym postępowaniu, Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Interes Odwołującego przejawia się także w tym, że nieuzasadniona odmowa odtajnienia informacji z oferty Konsorcjum CNEEC-COVEC oraz ALSTOM uniemożliwia Odwołującemu weryfikację ofert konkurencyjnych oraz weryfikację prawidłowości czynności podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu. Szczególnie dotyczy to oferty Konsorcjum CNEEC-COVEC, która według wstępnych symulacji może zająć najwyższą pozycję wśród pozostałych ofert. Okoliczności te mogą wskazywać na to, że Odwołujący mogą doznać szkody w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia na rzecz wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona. Szkoda ta może również przybrać postać straty kosztów poniesionych w związku z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 6/10 „Naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa wglądu do pełnej treści ofert, powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem”.

W dniu 31 października 2012 roku na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

4. SNC – Lavalin Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
5. SNC – Lavalin Inc. Z siedzibą w Quebecu w Kanadzie;
6. Hitachi Power Europe GmbH z siedzibą w Duisburgu w Niemczech zgłosili przystąpienie po stronie Odwołującego. Wskazano, że zgłaszający Przystąpienie ma interes w uzyskaniu dostępu do ofert w części, w jakiej nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa prawidłowo zastrzeżonej. Brak udostępnienia narusza interes Przystępującego, ponieważ prowadzi do braku możliwości weryfikacji prawidłowości oceny ofert.

Kopia odwołania została Przystępującym wykonawcom przekazana w dniu 30 października 2012 roku, zatem przystąpienie nastąpiło w terminie. Kopia zgłoszenia przekazana została stronom postępowania.

W dniu 31 października 2012 roku na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1. Alstom Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
2. Alstom Power System GmbH z siedzibą w Mannheim w Niemczech (dalej „konsorcjum Alstom”) zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w

zakresie zarzutów dotyczących oferty Przystępującego.

Zdaniem Przystępującego nie dopuścił się naruszeń przepisów Pzp zarzucanych odwołaniu. Zarzuty w odwołaniu w zakresie zastrzeżenia tajemnicy są bezzasadne.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego bowiem złożył ofertę i ma realne szanse na uzyskanie zamówienia i podpisanie umowy, uwzględnienie odwołania i ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę naruszyłyby chronione interesy wykonawców. Ponadto zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest uzasadnione ze względu na charakter informacji, które zostały nią objęte, odpowiada wymogom prawa, uzasadnione jest nieudzielenie dostępu do części oferty objętej tajemnicą.

Kopia odwołania została Przystępującym wykonawcom przekazana w dniu 30 października 2012 roku, zatem przystąpienie nastąpiło w terminie. Kopia zgłoszenia przekazana została stronom postępowania.

W dniu 02 listopad 2012 roku, na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1. China National Electric Engineering Co., Ltd., z siedzibą w Pekinie - Chińska Republika Ludowa;
2. China Overseas Engineering Group Co., Ltd. z siedziba w Pekinie - Chińska Republika Ludowa (dalej: „Przystępujący” lub „Konsorcjum CNEEC-COVEC” lub „CNEEC-COVEC”) zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego.

Przystępujący wskazał, że posiada interes prawny w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego. Przedmiotowe odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego rzekomo niezgodnych z przepisami Pzp a odnoszących się bezpośrednio do oferty Przystępującego. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu informacji zawartych w ofercie złożonej przez Przystępującego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. W związku z powyższym ewentualne nakazanie Zamawiającemu udostępnienia tych informacji, a tym samym uwzględnienie odwołania ujawni istotne informacje handlowe i organizacyjne oraz techniczne które spowodują szkodę w majątku Przystępującego i jednocześnie obniżą zdolność konkurencyjną Przystępującego.

Co do terminu na przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, podniesiono, że kopię odwołania Przystępujący otrzymał dnia 30 października 2012 roku. Zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wynosi 3 dni. W związku z powyższym ustawowy termin do zgłoszenia przystąpienia został zachowany.

Odnośnie niedopuszczalności wniesienia odwołania przez Odwołującego wskazano, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Chodzi o czynność już dokonaną bądź przeszłe zaniechanie podjęcia czynności. Jak sam Odwołujący wskazał, Zamawiający jest obecnie na etapie badania wszystkich złożonych ofert. Procedura sprawdzania zasadności utajnienia części treści ofert nie jest więc jeszcze zakończona. W związku z powyższym niedopuszczalnym jest uznanie, że odmowa odtajnienia utajnionych części ofert jest czynnością lub zaniechaniem już dokonanym. Zamawiający będzie mógł podjąć ostateczną decyzję o odtajnieniu części ofert lub odmowie odtajnienia, gdy zakończy procedurę weryfikacji ofert pod tym kątem. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że odmowa odtajnienia części ofert - bowiem proces weryfikacji prawidłowości utajnienia jeszcze trwa - jest równoznaczna z odmową odtajnienia części ofert w ogóle. Zamawiający podkreślił to w piśmie z dnia 23 października skierowanym do Odwołującego. Należy też wskazać na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 26 kwietnia 2012 r., sygn. KIO 776/12 stwierdziła: *„Dopiero od dokonania i poinformowania wykonawców o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu można mieć pewność, że zamawiający zakończył procedurę związaną z weryfikacją zastrzeżonej we wskazanych ofertach tajemnicy przedsiębiorstwa. Termin na zaskarżenie w tym zakresie nie może rozpocząć swojego biegu od momentu otwarcia ofert z uwagi na to, że od tego momentu zamawiający dopiero rozpoczyna czynności badania i oceny ofert, a więc również czynność weryfikacji ofert pod kątem zastrzeżonych w nich informacji.”* Podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 21 lutego 2012 roku, sygn. akt KIO 308/12. W wyroku tym Izba stwierdziła, że *art. 179 ustawy Pzp w zw. z art. 180 ust. 1 tej ustawy dozwala na wnoszenie środków ochrony prawnej od czynności zamawiającego lub zaniechania czynności nakazanych ustawą. Nie stanowi zatem podstawy do wniesienia odwołania sam fakt, że którykolwiek z wykonawców złożył ofertę z zastrzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa, czy uzupełnił na wezwanie dokumenty.* Ponadto zdaniem Izby Zamawiający zarówno w dacie złożenia ofert jak i uzupełnienia oświadczeń oraz innych wymaganych załączników do oferty nie ma obowiązku natychmiastowego ich zbadania czy też podjęcia decyzji co do odtajnienia określonych dokumentów. Należy także wskazać, że uwzględnianie odwołań wnoszonych ze względu na odmowę odtajnienia ofert, gdy procedura weryfikacji tychże ofert nie jest zakończona tamuje i utrudnia prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołanie Odwołującego jest niedopuszczalne ze względu na fakt, że czynności badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawców trwają, oraz w związku z obszernością i złożonością ofert (każda posiada ponad 2 tysiące słownie dwa tysiące

stron opisów}) nie jest nawet fizycznie możliwym przeprowadzenie tego procesu przez Zamawiającego. Mimo to, Przystępujący, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, ustosunkował się do zarzutów kierowanych do niego przedmiotowym Odwołaniu.

Zarówno informacje dotyczące szczegółowych przepływów finansowych w trakcie realizacji inwestycji, szczegółowych terminów wykonania zamówienia oraz informacje dotyczące warunków płatności zostały w ofercie Przystępującego zastrzeżone prawidłowo. Informacje, o których mowa powyżej, zawierają bowiem dane dotyczące „know-how” Przystępującego. W dziedzinie jakiej dotyczy przedmiotowe postępowanie „know-how” ten ma dla przedsiębiorców fundamentalne znaczenie. Świadczyć może o tym chociażby wartość przedmiotu zamówienia, jakie ma zostać udzielone w postępowaniu. Tym samym, każdy wykonawca ma prawo zastrzec niejawnosć informacji obejmujących „know-how” tajemnicę handlową oraz technologiczną (sposobu realizacji tak złożonego przedsięwzięcia technicznego) zawartych w składanych przez nich ofertach. Dopiero proces badania ofert i weryfikacji prawidłowości zastrzeganej tajności pewnych danych, prowadzony przez Zamawiającego, ma doprowadzić do wydania oceny przez Zamawiającego czy zastrzeżenie niejawnosć pewnych informacji było prawidłowe w świetle przepisów Pzp i stanu faktycznego.

Przystępujący chciałby również wskazać na pewną niespójność w stanowisku Odwołującego prezentowanym w odwołaniu. Odwołujący wskazuje, że Przystępujący zastrzegł pewną grupę informacji, które „nie były lub przestały być tajne oraz inne informacje, które można pozyskać na legalnej drodze”. Skoro więc Odwołującemu znane są pewne informacje na ten moment to pozostaną znane również w przyszłości. W związku z tym nie istnieją przesłanki, dla których celowe było wniesienie odwołania w momencie, gdy Zamawiający bada dopiero oferty i nie zdecydował o wyborze żadnej z nich. Dopiero, gdy Zamawiający dokona wyboru jednej z ofert, pozostałym Wykonawcom może przysługiwać prawo wniesienia odwołania. Faktycznie bowiem dopiero w momencie wyboru oferty Zamawiający dokona czynności o znaczeniu prawnym dla postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe, pewne wątpliwości może nasuwać cel, dla którego Odwołujący wniósł odwołanie. W odwołaniu Odwołujący wyraźnie wskazuje, że szczególnie zarzuty opisane w odwołaniu kieruje wobec Konsorcjum CNEEC-COVEC, które *„według wstępnych symulacji może zająć najwyższą pozycję wśród pozostałych ofert”*. Zdaniem Odwołującego mogą oni *„doznać szkody w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia na rzecz wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona”*. Odwołujący sam więc wskazuje, że wnosi odwołanie bowiem istnieje oferta o wyższej pozycji od oferty samego Odwołującego. Wydaje się więc, że nie rzekome naruszenie przepisów przez Zamawiającego jest podstawą wniesienia odwołania zaś fakt, iż w postępowaniu złożono oferty korzystniejsze, lepsze od oferty Odwołującego Poprzez

wniesienie odwołania chcą oni zaś dowiedzieć się więcej na temat hipotetycznie lepszej oferty. Hipotetycznie, ponieważ do momentu wyboru oferty przez Zamawiającego nie ma podstaw do wskazywania ofert lepszych czy gorszych. Dopiero gdy Zamawiający wybierze pewną ofertę będzie można stwierdzić z jakich powodów jest ona lepsza od pozostałych.

Ponadto należy podkreślić, że w odwołaniu Odwołujący prezentuje nietrafne stanowisko, co do rozumienia pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa. Zgodnie z długotrwałą i utrwaloną linią orzecznictwa tajemnica przedsiębiorstwa nie traci swego charakteru poprzez to, że wie o niej pewien ograniczony krąg osób. Podobne stanowisko zajmuje również doktryna. Zdaniem prof. S. Sołtysińskiego tajemnica nie traci swojego charakteru poprzez to, że wie o niej pewien ograniczony krąg osób, w tym także niezależnych konkurentów. W związku z powyższym nie ma żadnego uzasadnienia dla pewności Odwołującego, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum CNEEC-COVEC jako tajemnica przedsiębiorstwa taką tajemnicą nie są. Wykaże to dopiero zakończenie badania ofert przez Zamawiającego, które nastąpi w momencie wyboru konkretnej oferty.

Przystępujący chciałby podkreślić szczególnie pewną niespójność i nielogiczność twierdzeń Odwołującego. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący sam przyznaje się, że zastrzegł jako tajemnicę „*podobny ale nieco węższy zakres informacji*” niż Konsorcjum CNEEC-COVEC. Zdaniem Odwołujących znajdują się oni *w istotnie odmiennej sytuacji prawnej i faktycznej* niż Konsorcjum CNEEC-COVEC. Co niezwykle godne uwagi, Odwołujący w żaden sposób nie precyzuje na czym polega powołana przez niego wąskość zakresu informacji zastrzeżonych oraz odmiennosć sytuacji faktycznej i prawnej. Zaznacza on jedynie, że w razie potrzeby wykaże to w postępowaniu przed Izłą. Takie stanowisko jest niedopuszczalne. W istocie Odwołujący zarzuca Przystępującemu pewne niezgodne z prawem działania mimo, że sam działał w ten sam sposób. Ponadto nietrafne wydaje się też stanowisko, że Odwołujący znajduje się w odmiennej sytuacji prawnej i faktycznej bowiem wręcz przeciwnie sytuacja ta jest zbliżona i Przystępujący jako konkurujący wykonawcy biorą udział w tym samym przedmiotowym postępowaniu, w podobnej formie podmiotowej (konsorcjum) itp.

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że nawet gdyby niezależnie od powyższych punktów uzasadnienia uznać, że odwołanie Odwołującego jest zasadne to nie do zaakceptowania byłoby przyznanie ochrony Odwołującemu skoro sam w analogiczny sposób nadużył swego prawa. Odwołujący zaprzecza tezom swojego odwołania, poprzez zastrzeżenie tych samych grup informacji w ofercie Odwołującego (Przystępującemu zapoznał się z udostępnioną treścią ofert innych wykonawców, w tym Odwołującego). Takie same działanie Odwołującego potwierdza, że zastrzeżenie kwestionowanych informacji przez Przystępującego jest właściwe i uzasadnione ochroną swoich żywotnych interesów majątkowych.

Ponadto należy zwrócić uwagę na jeden bardzo istotne zagadnienie dotyczące realizacji bloków energetycznych o takiej mocy 910MW. Odwołujący, jako jedyny wykonawca w niniejszym przetargu nie może się pochwalić, iż w przeszłości jako wykonawca EPC wykonał z sukcesem taką realizację, w przeciwieństwie do pozostałych wykonawców, którzy mają na swoim koncie kilkanaście i więcej zakończonych realizacji bloków energetycznych tej klasy. Dążenie Odwołującego do odtajnienia w szczególności: Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (załącznik nr 3 do Kontraktu); Harmonogramu Realizacji inwestycji (załącznik nr 6 do Kontraktu); Listy podwykonawców (załącznik nr 10 do Kontraktu); Pośrednio Programu Zapewnienia, jakości, (załącznik nr 8) który zawiera w sobie również dokumentację podwykonawców) jest próbą łatwego uzyskania przez Odwołującego, struktury realizacji takiego przedsięwzięcia od Wykonawcy, który zrealizował już kilkanaście, jakich projektów, poznania cykli produkcyjnych, montażowych, struktury dostaw, czasu niezbędnego na poszczególne czynności, cashflow finansowego, który umożliwia bezpieczną realizację zamówienia, listy dziesiątek dostawców wyposażenia (co pozwala poprzez swoisty *rewers engineering* odtworzenie działania instalacji, i sposobu osiągnięcia parametrów, ominięcia typowych problemów technologicznych). Oczywiście Odwołujący chciałby poznać wszelkie te informacje, ponieważ wie, że struktura przedstawiona przez Przystępującego została wypracowana i sprawdzona na przestrzeni ostatnich lat w wielu projektach i jej pozyskanie pozwoliłoby za bezcen uzyskanie wielu niejawnych publicznie informacji, a w przyszłości proponowanie atrakcyjnych ofert na rynku krajowym czy międzynarodowym bazujących na ofercie Przystępującego. W tym aspekcie nie ma jakiegokolwiek zgody Przystępującego na ujawnienie rzeczonych informacji, a ich ujawnienie automatycznie spowoduje obniżenie konkurencyjności Przystępującego, tym samym spowoduje poniesienie strat, nad którymi Przystępujący nie przejdzie do porządku dziennego.

Biorąc pod uwagę wszystkie przytoczone powyżej argumenty, stan prawny oraz stan faktyczny w przedmiotowej sprawie wniesiono o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i nie zasługującego na uwzględnienie w całości.

Kopia niniejszego Przystąpienia została przesłana Zamawiającemu i Odwołującemu.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie

na rozprawę.

Izba nie podziela stanowiska, iż odwołanie jest przedwczesne. Należy zauważyć, iż obecnie w świetle brzmienia art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie stanowi to podstawy do odrzucenia odwołania (przepis przewiduje taką konieczność w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu określonego w ustawie). Ponadto argument ten jest niezasadny, ponieważ z uwagi na brak procedury weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie jest dopuszczalne, aby zakończenie tej procedury, o czym Zamawiający nie musi informować wykonawców, wyznaczało początek biegu terminu na wniesienie odwołania. Skoro Zamawiający nie udostępnia całości oferty (co nastąpiło pismem z dnia 23 października 2012 roku), przyjęć należy, że respektuje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeżeli po wniesieniu odwołania w wyniku dodatkowej weryfikacji zmienia swoje stanowisko, ustawa Pzp daje mu określone możliwości proceduralne.

Odwołanie nie podlegało także odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Zamawiający jest podmiotem zobowiązany do stosowania ustawy Pzp, nie można więc twierdzić, że nie mamy do czynienia z obowiązkowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie wykazał, że zachodzą przesłanki podmiotowe lub przedmiotowe wyłączające stosowanie ustawy Pzp określone w art. 4 ustawy Pzp.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący ma prawo do złożenia wniosku o udostępnienie dokumentacji postępowania, w tym złożonych ofert, co gwarantuje zasada jawności wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Odmowa dostępu do oferty, czy jej części powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia (brak możliwości weryfikacji ofert konkurencji).

Na podstawie ustalonego w postępowaniu stanu faktycznego, skład orzekający Izby uznał, że zarzuty zawarte w odwołaniu zasługiwały na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż konsorcjum Alstom w złożonej ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł następujące dokumenty:

1. Załącznik nr 3 do formularza oferty – Dane niezbędne do uzupełnienia Kontraktu, tj.
 - punkt 5.2. Artykułu V Kontraktu
 - punkt 6.1 Artykułu VI Kontraktu
 - punkt 13.8 Artykułu XIII Kontraktu

- punkt 2.4.4. Załącznika A6 Załącznika 2A do Kontraktu

2. Załącznik nr 2B do Kontraktu – Część Techniczna (Opis techniczny Przedmiotu Kontraktu) ;
3. Załącznik nr 3 do Kontraktu – Harmonogram Rzeczowo-Finansowy;
4. Załącznik nr 6 do Kontraktu – Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu;
5. Załącznik nr 7 do Kontraktu – Wykaz specjalistycznego wyposażenia i części
6. Załącznik nr 8 do Kontraktu – Program Zapewnienia i Kontroli Jakości;
7. Załącznik nr 10 do Kontraktu – Zakres Przedmiotu Kontraktu powierzony Podwykonawcom;
8. Załącznik nr 5 do formularza Oferta – Uzasadnienie zastrzeżenia tajności informacji zamieszczonych w tomie „Tajemnica Przedsiębiorstwa”

Izba ustaliła, iż konsorcjum COVEC w złożonej ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł następujące dokumenty:

1. Załącznik nr 3 do formularza oferty – Dane niezbędne do uzupełnienia Kontraktu, w zakresie artykułu V Kontraktu, artykułu VI Kontraktu oraz punktu 2.4.4. Załącznika A6 Załącznika 2A do Kontraktu
2. Załącznik nr 2B do Kontraktu – Część Techniczna (Opis techniczny Przedmiotu Kontraktu) ;
3. Załącznik nr 3 do Kontraktu – Harmonogram Rzeczowo-Finansowy;
4. Załącznik nr 6 do Kontraktu – Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu;
5. Załącznik nr 7 do Kontraktu – Wykaz specjalistycznego wyposażenia i części
6. Załącznik nr 8 do Kontraktu – Program Zapewnienia i Kontroli Jakości;
7. Załącznik nr 10 do Kontraktu – Zakres Przedmiotu Kontraktu powierzony Podwykonawcom;
8. Załącznik nr 12 do Kontraktu – Dokumenty potwierdzające zawarcie umów ubezpieczenia
9. Załącznik nr 15 do Kontraktu – Umowa regulująca współpracę Wykonawców wspólnie realizujących Kontrakt
10. Załącznik nr 5 do formularza Oferta – Uzasadnienie zastrzeżenia tajności informacji zamieszczonych w tomie „Tajemnica Przedsiębiorstwa”

W dniu 31 października 2012 roku wykonawcy zostali wezwani do złożenia wyjaśnień do 7 listopada 2012 roku i ponownego przeanalizowania informacji zawartych w ofercie w tomie oznaczonym jako „Tajemnica przedsiębiorstwa”. W terminie wyznaczonym terminie poszczególni wykonawcy, których oferty objęte zostały zarzutami odwołania odtajnili, co następuje:

Konsorcjum Alstom:

- część 5, załącznik 2 B do kontraktu - normy i przepisy;

Konsorcjum COVEC:

- załącznik nr 3 do formularza oferta, dane niezbędne do uzupełnienia w zakresie treści przygotowanej przez zamawiającego (bez ujawniania dat oraz danych technicznych wpisanych przez konsorcjum, które zostały przeniesione przez przygotowanych przez konsorcjum załączników do kontraktu);
- załącznik nr 8 do kontraktu od str. 1986-2006 - program zapewnienia kontroli jakości.
- załącznik nr 12 do kontraktu potwierdzający zawarcie umów ubezpieczenia
- załącznik nr 5 do formularza oferta, uzasadnienie utajnienia informacji
- część 4 załącznik 2 B do kontraktu, oświadczenie wykonawcy o spełnieniu wymagań technicznych
- część 5 załącznik 2 B do kontraktu, normy i przepisy.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, iż we wszystkich ofertach postanowił odtajnić:

- załącznik nr 3 do formularza oferta – dane niezbędne do uzupełnienia kontraktu w zakresie art. V, VI i XIII. Utajniony zostaje jedynie pkt 2.4.4 załącznika A6 do kontraktu.
- załącznik nr 5 do formularza oferta – uzasadnienie utajnienia informacji
- załącznik nr 2B do kontraktu, część 4 i część 5
- załącznik nr 3 do kontraktu – harmonogram rzeczowo-finansowy w zakresie obowiązkowych pozycji określonych w pkt 3.2 specyfikacji wymagania do przygotowania załącznika nr 3, tj. pozycje 1, 2, 3, 4, 5, 18, 22, 25
- załącznik nr 6 do kontraktu – harmonogram ramowy w zakresie kolumn opis wykonywania czynności, gdzie przeniesiono etapy z harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz w zakresie pozycji narzuconych przez zamawiającego jako obowiązkowe w pkt 6.1 art. VI kontraktu oraz oświadczenie załączone do harmonogramu.
- załącznik nr 8 do kontraktu – certyfikaty jakości dotyczące wykonawcy oraz 3 oświadczenia wymagane punktem 3.2 specyfikacji
- załącznik nr 12 – dowody zawarcia umów ubezpieczenia

Kwestią ogólną wymagającą rozstrzygnięcia, jest ocena prawna oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie o zamiarze odtajnienia części informacji zastrzeżonych w ofertach. Oświadczenie to bowiem częściowo czyni zadość oczekiwaniom Odwołującego określonym w odwołaniu. Zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Umorzenie postępowania możliwe jest jedynie w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Przepisy ustawy nie znają instytucji częściowego

umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem części zarzutów odwołania. Niemożliwe jest również pominięcie i nierozpoznawanie zarzutów, które Odwołujący cały czas popiera.

Tym samym fakt zadeklarowania przez Zamawiającego na rozprawie odtajnienia części ofert pokrywający się z zarzutami sformułowanymi w odwołaniu uznać należy za potwierdzenie zasadności części zarzutów odwołania, inaczej przyznanie okoliczności procesowo istotnych. Dopiero jednak uwzględnienie odwołania przez Izbę spowoduje, że Zamawiający będzie miał obowiązek dokonania żądanych przez Odwołującego czynności. *„Pogląd, że uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania powoduje, że upada możliwość uwzględnienia ich w sentencji orzeczenia odnosić się może jedynie do sytuacji dokonania zmiany SIWZ zgodnie z żądaniami odwołania przed zamknięciem rozprawy. Tylko w takiej sytuacji naruszenia przepisów, których dopuścił się zamawiający nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania i nakazywanie zmian, których zamawiający już dokonał jest niecelowe”.* (za wyroku z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: KIO 89/11, sygn. akt: KIO 90/11). Z uwagi na zaistniałą sytuację i złożenie oświadczenia przez Zamawiającego ale fizyczne niewykonanie zapowiedzianej czynności, konieczne było uwzględnienie odwołania w zakresie opisanym poniżej w uzasadnieniu wyroku.

Co do pozostałych kwestii natury ogólnej, zważyć należy iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest generalną i naczelną zasadą zamówień publicznych, zaś wszelki wyjątki od niej winny być interpretowane w sposób ścisły, ostrożny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi. Zasada jawności postępowania obejmuje wszelkie zainteresowane podmioty, a więc jest zasadą *erga omnes*. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, 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 do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane. Wykonawca nie może przy tym zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) i adresu wykonawcy, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie (art. 86 ust. 4 ustawy Pzp).

Realizacja wyjątków od zasady jawności uregulowanej w ustawie Pzp jest oparta na przepisach szczególnych, w tym przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa została określona w art. 11 ust. 4 ww. ustawy, który stanowi, że: „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zatem, uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami Wykonawcy, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym”.

Powyższy przepis przyznaje wykonawcom prawo do ochrony informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym mogą oni zgodnie z uregulowaniami art. 8 ust. 4 ustawy Pzp zastrzec tego rodzaju informacje, co jednak nie pozbawia tej czynności jakiegokolwiek kontroli. Podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie jest jej charakter oraz przedsiębrane przez wykonawcę czynności zmierzające do jej ochrony i zachowania jej poufnego charakteru.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie, skład orzekający Izby postanowił dokonać odtajnienia części kwestionowanych ofert konsorcjum Alstom oraz Konsorcjum COVEC w zakresie dokonanym przez Zamawiającego ustnie do protokołu i pokrywającym się z żądaniem odwołania, z zastrzeżeniem, iż w przypadku załącznika nr 3 do kontraktu odtajnienia dokonać należy w przypadku wszystkich 25 obowiązkowych pozycji wymaganych postanowieniami SIWZ do przygotowania załącznika. Ujawnienia wymienionej części ofert należy dokonać z uwzględnieniem okoliczności wynikających z pozostałych załączników do formularza oferty oraz załączników do kontraktu nadal objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Mając na względzie kwestie wykonania orzeczenia Izba wskazuje, iż ujawnienie wskazanych informacji nie może prowadzić do naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa w pozostałym zakresie. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający winien dokonać ujawnienia (upublicznienia) części oferty wykonawców konsorcjum Alstom oraz konsorcjum CNEEC-

COVEC we wskazanym zakresie, tak aby zapewnić ochronę informacji odnoszących się do konkretnych rozwiązań oraz aby nie ujawniać innych składników poza wymienionymi.

Wskazać należy, iż treść załączników wymienionych przez Zamawiającego, co do których Izba zdecydowała o ujawnieniu ich treści, w zdecydowanej większości przygotowana została przez tegoż jako załączniki do SIWZ, gdzie wykonawcy nie byli zobowiązani do wypełniania ich jakkolwiek treścią, a jedynie konieczne było podpisanie stosownych oświadczeń (np. oświadczenia do załącznika nr 8 do kontraktu). Druga kategoria informacji, którą zawiera część wymienionych załączników to przepisy prawa i normy (np. część 4 i 5 załącznika 2B do Kontraktu). Z pewnością stwierdzić należy, iż nie są to informacje dostępne tylko dla wybranych wykonawców.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego jednoznacznie wyklucza objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze (wyrok SN z dnia 03.10.2000 r. sygn. akt: I CKN 304/2000, wyrok SN z dnia 05.09.2001 r. sygn. akt: I CKN 1159/2000). Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 25.10.2006 r. o sygn. akt: I ACa 947/06, gdzie w uzasadnieniu wskazał, że: *„Zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”*. Analogicznie zostało wskazane w uzasadnieniu orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 07.03.2003 r. o sygn. akt: I CKN 89/01, że: *„Za takie informacje nie może być uznana wiedza, którą osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze”*. Za informacje, które można uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze na pewno uznać należy te odnoszące się do przepisów prawa, czy też norm.

W przypadku załącznika nr 8 (programu zapewnienia i kontroli jakości) wymagane było złożenie oświadczeń o ustalonej treści i załączenie certyfikatów jakości dla poszczególnych członków konsorcjum. Ponownie dostrzeżenia wymaga, iż po pierwsze treść oświadczeń przygotował Zamawiający, wykonawcy zobowiązani byli do podpisania dokumentu, po drugie zaś certyfikaty jakości są dokumentami, o których wiedzę powziąć można z innych źródeł, np. stron internetowych poszczególnych wykonawców, czy też jednostek notyfikujących, a więc ze względu na charakter i treść nie mogą one stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Załącznik nr 8 należy udostępnić zatem w takim zakresie.

W przypadku załącznika nr 3 do kontraktu w zakresie danych niezbędnych do uzupełnienia kontraktu w przywołanych przez Zamawiającego poszczególnych artykułach kontraktu, gdzie umieszczono informacje identyfikujące danego wykonawcę, niemożliwe jest wykazanie, że zaistniały kumulatywnie przesłanki statuujące tajemnicę przedsiębiorstwa. Dane te zawierały będą nazwy firm, adresy, dane pełnomocników, wzory podpisów i paraf. Nie są to informacje ustawowo chronione, a ich zakres wynika choćby z dokumentów rejestrowych poszczególnych wykonawców.

Nieuprawnione okazało się również objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa załącznika nr 5 do formularza oferty, w części gdzie zawierał on uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Uznać należy, iż w przypadku kiedy uzasadnienie zastrzeżenia sformułowane zostało na tyle ogólnie, że nie odnosi się ono wprost do informacji, które objęto tajemnicą przedsiębiorstwa, możliwe jest ujawnienie treści tego załącznika bez uszczerbku dla sytuacji danego podmiotu w postępowaniu.

Żądania Odwołującego uwzględnione zostały częściowo odnośnie załączników nr 3 i 6 do Kontraktu, a więc odnośnie harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz ramowego harmonogramu realizacji kontraktu. Nie negując ogólnej zasady, iż w określonych przypadkach dokumenty te objęte mogą być klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa po spełnieniu ustawowych przesłanek zastrzeżenia, w przypadku tych dokumentów w przedmiotowym postępowaniu uznano, iż podlegać ujawnieniu może ich treść, w zakresie obowiązkowych 25 pozycji określonych w SIWZ (harmonogram rzeczowo-finansowy) oraz w zakresie kolumn opis wykonywania czynności, gdzie przeniesiono etapy z harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz w zakresie pozycji narzuconych przez Zamawiającego jako obowiązkowe w pkt 6.1 art. VI kontraktu oraz oświadczenia załączone do harmonogramu (w przypadku ramowego harmonogramu realizacji kontraktu). Pozostałe dane wynikające z treści tych załączników, w ocenie składu orzekające stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa i zawierać informacje posiadające określoną wartość gospodarczą. W zakresie przekraczającym podstawowe 25 pozycji dokumenty te przygotowane zostały przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie noszą one standardowego charakteru i w zakresie nieujawnionym zawierać mogą dedykowany dla Zamawiającego szczegółowo rozpisany projekt realizacji przedmiotu zamówienia. Z faktu, do którego referował Odwołujący, że wykonawcy ujawnili podobny typ dokumentów w innych postępowaniach, nawet przedmiotowo zbliżonych (przy budowie bloku energetycznego w Elektrowni Kozienice oraz Elektrowni Opole), nie można wywodzić, że zastrzeżenie w innym postępowaniu dokumentu rodzajowo i treściowo zbieżnego jest nieuprawnione. Każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się pewną odrębnością i w każdym postępowaniu składane dokumenty stanowiły będą pewien niepowtarzalny zbiór informacji. Zastrzeżenie zatem jako tajemnicy przedsiębiorstwa harmonogramu rozpatrywać należy każdorazowo, biorąc pod uwagę wszystkie czynniki wynikające z danego postępowania i ustalonych w tym postępowaniu warunków dotyczących zasad sporządzania takiego rodzaju dokumentów.

Nie uwzględniono również żądań Odwołującego zakresie odtajnienia załącznika nr 2B do kontraktu poza częścią 4 i 5 tego załącznika. Załącznik ten zawiera opis techniczny przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie opracowany przez wykonawcę na potrzeby danego

zamówienia opis techniczny, zastosowana technologia rozwiązania stanowią element know-how wykonawcy, które mogą podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba w tym zakresie nie podzieliła argumentacji Odwołującego, iż ze względu na opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób szczegółowy i dokładny, i przy założeniu, że zaoferować należało rozwiązania standardowe spełniające wymagania SIWZ brak jest tym samym podstaw do uznania go za zawierający informacje ustawowo chronione. Tego rodzaju implikacja materialna, w ocenie Izby, jest znacznym uproszczeniem. Nie sposób bowiem uznać, iż jeżeli znany jest opis przedmiotu zamówienia i zaoferowano produkt zgodny w tym opisem to jednocześnie informacje na temat zaoferowanego produktu, sposobu wykonania nie posiadają cech właściwych dla tajemnicy przedsiębiorstwa. Z faktu, iż Zamawiający preferował wykonanie zamówienia na podstawie standardowych rozwiązań i wykonawcy mogli zaoferować takie produkty nie oznacza, iż pozbawiało ich to w pewnym zakresie kreatywności w zakresie proponowanych rozwiązań. Wobec powyższego właśnie te autorskie rozwiązania mogą być przedmiotem prawnej ochrony.

Co do załączników nr 7 i 10 do kontraktu (wykaz wyposażenia i części oraz zakres przedmiotu powierzony podwykonawcom) nie podzielono stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. Ujawnienie tych informacji spowodować mogłoby ujawnienie danych dotyczących charakteru współpracy oraz relacji biznesowych między podmiotami, które będą podwykonawcami a podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Natomiast ujawnienie wykazu wyposażenia i części mogłoby doprowadzić do uzyskania informacji dotyczących zastosowanej technologii i określonego rozwiązania, jakiego rodzaju urządzenia będą używane przy wykonywaniu zamówienia. Są to niewątpliwie informacje posiadające określoną wartość gospodarczą, o charakterze technologicznym, a więc stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa. Zasadne jest przywołanie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 05.06.2006 r., sygn. akt: V Ca 440/06, iż dane dotyczące prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności handlowej, w tym zawarte z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy (stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu) mogą przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Końcowo, dostrzeżenia wymaga, iż zarzut naruszenia art. 86 ust. 4 ustawy Pzp podniesiony przez Odwołującego roznieć należy z perspektywy art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a więc w kontekście braku możliwości zastrzeżenia informacji wymienionych w art. 86 ust. 4, nie zaś jak podnosił Zamawiający i Przystępujący, obowiązku odczytania wszystkich informacji znajdujących się w dokumentach i dotyczących ceny, terminu wykonania, okresu gwarancji, czy też warunków płatności.

Biorąc pod uwagę powyższe doszło również do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż ze względu na bezpodstawne respektowanie przez Zamawiającego zastrzeżenia informacji, co do których potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 8 ustawy Pzp, doszło do zróżnicowania sytuacji prawnej wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji faktycznej. Odmowa dostępu do pewnych informacji zawartych w ofercie, w przypadku braku podstaw do uznania zwartych tam informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, różnicuje w sposób nieuprawniony ich sytuację prawną i faktyczną w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż potwierdziła się część zarzutów powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), w tym w szczególności na podstawie § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....