

**WYROK**  
**z dnia 7 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Emil Kawa</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Przemysław Dzierzędzki</b> <b>Magdalena Grabarczyk</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Paulina Nowicka</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2014 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Stadler Polska Sp. z o.o., NEWAG S.A., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce** w postępowaniu prowadzonym przez **"PKP Intercity" Spółka Akcyjna, ul. Żelazna 59a, 00-848 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Stadler Polska Sp. z o.o., NEWAG S.A., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Stadler Polska Sp. z o.o., NEWAG S.A., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Stadler Polska Sp. z o.o., NEWAG S.A., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce** na rzecz **"PKP Intercity" Spółka Akcyjna, ul. Żelazna 59a, 00-848 Warszawa** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) 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 (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....  
.....  
.....

## **UZASADNIENIE**

PKP Intercity Spółka Akcyjna ul. Żelazna 59 A, 00-848 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 20 elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania.

Zamawiający w trakcie oceny złożonych ofert przychylił się do wniosku wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz, zwany dalej jako „przystępujący” lub „PESA” o uznanie części ze złożonej przez tego wykonawcę oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający dokonał już wyboru najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta PESY.

Od dokonanego zastrzeżenia części oferty ww. wykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca - konsorcjum firm Stadler Polska Sp. z o.o., NEWAG S.A., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

1. zaniechania udostępnienia informacji dotyczących treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA dotyczących masy pojazdu zaoferowanego przez PESE (248,5 t), zawartych w wyjaśnieniach, które PESA złożyła w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 19 listopada 2013 r. w części dotyczącej punktu pierwszego tego wezwania, a także złożonych w ewentualnej dalszej korespondencji w tym przedmiocie na linii PESA — zamawiający;
2. zaniechania udostępnienia odwołującemu innych informacji niż wskazane powyżej w punkcie 1.1 odwołania, które PESA niesłusznie zastrzegła w wyjaśnieniach, składanych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 19 listopada 2013 r. oraz ewentualnych innych, późniejszych pismach;
3. zaniechanie starannego sprawdzenia przez zamawiającego przesłanek skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które PESA złożyła 29 listopada 2013 r. i oparcie się tym zakresie jedynie na zakomunikowaniu przez tego wykonawcę, że wcześniej składane wyjaśnienia taką tajemnicę właśnie stanowią.

Wskazanim czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 - 3, art. 86 ust. 4, art. 96 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez brak sprawdzenia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez PESE 29 listopada 2013 r. oraz poprzez brak udostępnienia informacji dotyczących wyjaśnień treści oferty PESY w odpowiedzi na

wezwanie zamawiającego z 19 listopada 2013 r. a także w ewentualnej dalszej korespondencji w tym przedmiocie w takim zakresie, w jakim zawierają one informacje objęte bezprawnym, a tym samym bezskutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa:

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu informacji zawartych w dokumentach wskazanych w punkcie I odwołania w takim zakresie, jakim PESA nie mogła ich skutecznie zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał iż w okolicznościach sprawy, informacje zawarte w wyjaśnieniach do oferty PESY, złożonych w wykonaniu wezwania zamawiającego z 19 listopada 2013 r. w części dotyczącej zaoferowanej masy pojazdu (248,5 t) powinny podlegać udostępnieniu, a ponadto PESA złożyła spóźnione, a przy tym bezskuteczne oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podniósł, że pismem z 19 listopada 2013 r. PESA została wezwana do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. W punkcie pierwszym pisma z 19 listopada 2013 r. PESA została zobowiązana do wskazania zasadniczych elementów, które mają wpływ na zaoferowaną masę (248,5 t.), jak również o wskazanie rozwiązań w obrębie danego elementu, które mają wpływ na ten parametr. Parametr był istotnym dla kryteriów oceny złożonych ofert, gdyż masa pojazdu stanowiła kryterium oceny ofert o 25% wadze. Pozostałe 75 % rozkładało się odpowiednio: (a) na wskaźnik NPV (30%) oraz (b) cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia (45%) w rozbiciu na dostawę Pojazdów (33%) oraz cenę brutto usługi utrzymania (12%).

PESA składając ww. wyjaśnienia pismem z dnia 28 listopada 2013 roku, doręczonym zamawiającemu w dniu 29 listopada 2013 roku nie objęła ich pierwotnie zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie takie usiłowała wnieść dopiero później, już po złożeniu wyjaśnień, w kolejnych dniach, poprzez wysłanie przedmiotowego pisma o numerze MMH/DL/810/11/2013- pismo PESA z 28.11.2013, złożone zamawiającemu 29 listopada 2013 roku. Według odwołującego, aby złożone wyjaśnienia mogły być skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa to takie zastrzeżenie powinno nastąpić najpóźniej w terminie składania tych wyjaśnień. Zasada jawności w postępowaniu jest bowiem zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia (por. KIO 1080/11).

Przyjęcie punktu czasowego wprowadza zobiektywizowaną, a przy tym z góry znaną danemu wykonawcy miarę tego, do jakiego momentu czasowego można składać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 Pzp. Zobiektywizowany moment czasowy, stosowany do wszystkich wykonawców w danym postępowaniu, pozostaje w zgodzie z zasadą równego traktowania wykonawców i

przyczynia się do konkurowania na uczciwych zasadach (art. 7 ust. 3 PZP).

Ponadto zarzucił zamawiającemu, że Informacje zawarte w wyjaśnieniach PESY są prawdopodobnie na tyle ogólnej natury, że opisują raczej ogólne możliwości redukcji masy pociągów niż indywidualizują szczegółowe rozwiązania techniczne tego wykonawcy. Ponadto dodał, że fakt iż wyjaśnienia dotyczą pierwotnie utajnionego elementu oferty nie przesądza o ich tajności. W realiach sprawy nawet i taki argument byłby jednak bez większego znaczenia, gdyż sam parametr jest jawny i wynosi 248,5t co wynika nie tylko z wezwania zamawiającego z 19 listopada 2013 r., ale również z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 19 lutego 2014 r. (parametr ten można obliczyć).

Wskazał również, że odwołanie zostało wniesione w wymaganym przez ustawę Pzp terminie. W dniu 12 lutego 2014. r. zamawiający poinformował odwołujących, że „z zastrzeżeniem art. 8 ust. 3 Pzp udostępni protokół, jak i załączniki do protokołu, o których mowa w art. 96 ust. 3 Pzp. Jednakże zamawiający nie udostępnił odwołującemu wglądu do treści wyjaśnień PESY z 27 listopada 2014 r. Zatem zdaniem odwołującego odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku ustalenia przez KIO braku podstaw do odrzucenia odwołania wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu wniosku o odrzucenie podał, że odwołanie zostało złożone po upływie ustawowego terminu na jego wniesienie. Odwołujący uzasadnia zachowanie 10 dniowego terminu na wniesienie odwołania tym, że z protokołem postępowania zapoznał się w dniu 11 lutego 2014 r. i dopiero wówczas powziął informację o czynnościach, wobec których składa odwołanie. Czynności te, co jest okolicznością bezsporną i przyznaną w odwołaniu miały miejsce w dniach 19 listopada, 27 listopada i 28 listopada. Czynność tego samego rodzaju (którą odwołujący zapewne określa w odwołaniu mianem „ewentualnej dalszej korespondencji”) miała miejsce ponadto 3 i 9 grudnia (prośba zamawiającego o wyjaśnienie i złożone wyjaśnienia wykonawcy). Wszystkie te czynności miały więc miejsce co najmniej 2 miesiące przed złożeniem odwołania. Odwołujący w czasie pomiędzy 9 grudnia a 11 lutego nie składał wniosków o udostępnienie protokołu. Zapoznał się z protokołem 7 listopada 2013 r., a następnie dopiero 11 lutego 2014. Istotne jest przy tym, że po zapoznaniu się z treścią protokołu w dniu 7 listopada odwołujący wniósł odwołanie na nieujawnienie składników oferty PESA, które uznał za niemożliwe objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołanie to (z dnia 15 listopada) zostało w całości uwzględnione przez zamawiającego i zamawiający przekazał przy pismach z dnia 26 listopada oraz 29 listopada 2013 r. wszelkie informacje o których ujawnienie zwracał się odwołujący. Odwołanie z 15 listopada z żądaniem ujawnienia informacji nie obejmowało informacji zawartych w ofercie PESA, o których wyjaśnienie zamawiający zwracał się pismami wskazywanymi w obecnym

odwołaniu. Skoro więc odwołujący znając zakres zastrzeżenia tajemnicy w ofercie nie negocjował tych pozycji w odpowiednim terminie - to nie może obecnie skutecznie domagać się ujawnienia informacji, które znajdują się w prośbach o wyjaśnienie i składanych wyjaśnieniach a dotyczą pozycji skutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Są to informacje o charakterze wyjaśniającym techniczne aspekty rozwiązań, które pozwoliły na osiągnięcie parametrów podawanych zgodnie z żądaniem Specyfikacji. Przyznanie przez odwołującego, iż tajemnicą może być sam parametr, należy uznać za równoznacznie z tym, że wszelkie informacje dotyczące uzyskiwania tego parametru także są skutecznie zastrzeżone tajemnicą. Złożenie odwołania obecnie, wskutek zapoznania się z protokołem dopiero w dniu 11 lutego mimo oczywistej możliwości wcześniejszego dostępu do protokołu, jest jego zdaniem niedopuszczalne. Przepis art. 182 ust. 3 pkt 1) uzależnia bowiem termin na wniesienie odwołania nie od powzięcia okoliczności stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, lecz od możliwości ich powzięcia.

Wskazał, że odwołanie również jest niezasadne z przyczyn merytorycznych. Pytania zawarte w pismach zamawiającego kierowanych do wykonawcy PESA dotyczyły części oferty zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, a uzasadnienie takiego zastrzeżenia zamawiający otrzymał w odpowiedzi na własną prośbę z dnia 30.10.2013 w dniu 5.11.2013. W odpowiedziach PESA z dnia 27 listopada oraz 9 grudnia zawarte są informacje odnoszące się do skutecznie zastrzeżonej części oferty PESA - nie podważanej przez odwołującego w swym odwołaniu z 15 listopada. Korespondencja między zamawiającym a wykonawcą dotycząca prawidłowo zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa nie musi być, zdaniem zamawiającego zastrzegana powtórnie. Wyraźne i jednoznaczne zastrzeżenie tych informacji w ofercie jest wystarczające by zamawiający będąc poinformowany o charakterze tych informacji nie ujawnił ich, komukolwiek innemu. Ponadto korespondencja od PESA kierowana do zamawiającego w dniu 27.11.2013r. (odpowiedzi na pytania zamawiającego) oraz 28 listopada 2013r. (przypomnienie o ich niejawnym charakterze) wpłynęły do zamawiającego w tym samym czasie. Nie istniała więc obawa potraktowania informacji jako jawnych.

Przystępujący do postępowania wykonawca PESA w złożonym na posiedzeniu piśmie procesowym, oraz stanowisku prezentowanym w trakcie rozprawy, wniósł o odrzucenie odwołania z takiego samego powodu jak to wywodził zamawiający, a w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku wniósł o oddalenie odwołania. Stanowiska przystępującego w tym zakresie było zbieżne ze stanowiskiem zaprezentowanym przez zamawiającego.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, postanowienia SIWZ, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę pisma, oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w**

**trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje - Odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w razie uwzględnienie odwołania jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu. Również przystępujący wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, a uwzględnienie odwołania mogło by tą sytuację zmienić.

W trakcie badania skuteczności zgłoszonego przystąpienia odwołujący podniósł zarzut, iż podpisujący to zgłoszenie nie posiadał właściwego pełnomocnictwa uprawniającego do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w imieniu PESA.

Wskazał na pełnomocnictwo nr 390/2013 z dnia 2 grudnia 2013 r. z którego wynika, iż osoba je podpisująca posiadała tylko umocowanie do reprezentowania spółki przed KIO, natomiast zgodnie z przepisami przystąpienie zgłasza się Prezesowi KIO, który według odwołującego jest innym podmiotem niż Krajowa Izba Odwoławcza. Ponadto z pełnomocnictwa nie wynikało, aby pełnomocnik był uprawniony do dokonywania innych czynności, takich jak przesłanie kopii zgłoszenia stronom postępowania.

Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku o nieskuteczności zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę PESA, uznając iż z ww. pełnomocnictwo uprawniało do podpisania zgłoszenia przystąpienia. Prezes KIO zgodnie z treścią przepisu art. 172 ust. 1 ustawy Pzp jest organem Izby. Należy ponadto uznać, że pełnomocnictwo do reprezentowania danego podmiotu - jeśli z jego treści nie wynika nic innego, obejmuje również pełnomocnictwo do wnoszenia pism w imieniu tego podmiotu. Natomiast przesłanie kopii zgłoszonego przystąpienia stronom jest czynnością czysto techniczną związaną ze zgłoszeniem przystąpienia i dla dokonania tej czynności nie jest wymagane posiadanie stosownego pełnomocnictwa.

Ponadto treść pełnomocnictwa należy tłumaczyć zgodnie z ogólnymi regułami wykładni określonymi w dyspozycji art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, mając na uwadze okoliczności i kontekst sytuacyjny w jakich pełnomocnictwo zostało udzielone.

Izba nie uwzględniła również wniosku o odrzucenie odwołania z powodu niedochowania - jak twierdził zamawiający i przystępujący terminu na jego wniesienie, gdyż zamawiającego nie wykazał, że odwołujący posiadał wiedzę w zakresie wyjaśnień o których mowa w odwołaniu, wcześniej niż na dzień przesłania przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy – wobec czynności innych niż wskazane w ust.1 i

2 tego artykułu – takich jak np. zaniechanie udostępnienia wykonawcom treści ofert konkurentów, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktrynie, ustawa Pzp w odniesieniu do pism kierowanych przez zamawiającego do wykonawców i otrzymanych odpowiedzi - w trakcie badania ofert, nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców uczestniczących w postępowaniu o treści tych pism, bądź o zastrzeżeniu ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z drugiej strony brak jest podstaw do tego aby uznać, że dla zachowania należytej staranności wykonawcy, o której mowa w ww. przepisie Pzp, jest on zobowiązany w sposób permanentny i ciągły śledzić czynności zamawiającego w postępowaniu, np. co kilka dni śląc pisma do zamawiającego o poinformowanie go o czynnościach zamawiającego podjętych w trakcie badani ofert. Co jednak nie oznacza, że wykonawca może pozostać całkowicie bierny w tym zakresie.

Izba stoi na stanowisku, że kwestia czy dany wykonawca dochował należytej staranności w powzięciu określonych informacji o przebiegu postępowania, jest elementem podlegającym indywidualnej ocenie Izby, stosownie do dynamiki danego postępowania.

Poza sporem pozostaje kwestia, że odwołujący w trakcie postępowania zapoznał się z treścią protokołu postępowania dwukrotnie tj. w dniu 7 listopada 2013 roku oraz w dniu 11 lutego 2014 roku ( str. 3 odpowiedzi na odwołanie). Niewątpliwym jest, że w tym postępowaniu zarówno wezwanie zamawiającego skierowane do PESY w dniu 19 listopada 2013 roku, jak i przesłana odpowiedź nie znajdowała się w części jawnej oferty. Podnieść należy również fakt, że w przesłanym odwołującemu w dniu 11 lutego 2014 roku protokole ZP nie zostały ujęte czynności zamawiającego podejmowane w postępowaniu co wskazuje, na to, że zamawiający na bieżąco nie uzupełniał jego treści. Tym samym nawet gdyby odwołujący zapoznał się z protokołem postępowania w okresie wcześniejszym niż po wyborze najkorzystniejszej oferty to i tak wiedzy w tym zakresie by nie posiadał.

Przy takim stanie faktycznym Izba uznała, że odwołujący dochował terminu na wniesienie odwołania i nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku podstaw do uznania wyjaśnień PESY jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący twierdził iż zastrzeżenie winno być uznane za nieskuteczne, gdyż: po pierwsze nie zostały spełnione przesłanki ustawowe dla przyjęcia takiego stanowiska, po drugie, wraz z przesłaniem wyjaśnień nie przesłano zamawiającemu równocześnie pisma o zastrzeżeniu tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i po trzecie, odwołujący zakładał, że złożone wyjaśnienia są natury ogólnej i nie kwalifikują się do objęcia ich tajemnicą.

Zamawiający oponując powyższym twierdzeniom wskazał, że wyjaśnienia dotyczyły



pozycji skutecznie zastrzeżonych przez PESE jako tajemnica przedsiębiorstwa już w ofercie. Objęcie tajemnicą samego parametru w ofercie należy uznać za równoznacznie z tym, że wszelkie informacje dotyczące uzyskiwania tego parametru także są skutecznie zastrzeżoną tajemnicą.

Odnosząc się do powyższych stanowisk Izba stwierdza iż brak jest podstaw do przyjęcia jako zasady, iż objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakiegoś parametru, rozciąga się automatycznie na wszystkie wyjaśnienia wykonawcy z nim związane. Każda sytuacja wymaga indywidualnej oceny biorąc pod uwagę okoliczności i kontekst sytuacyjny danego postępowania. W tym postępowaniu niewątpliwy jest fakt, że przedmiotowe wyjaśnienia dotyczą parametru masy pojazdu, który po pierwsze został objęty przez PESE tajemnicą przedsiębiorstwa już w ofercie, a po drugie odwołujący nie występował o zdjęcie tej klauzuli z tego parametru.

Dokonując merytorycznej oceny tego zarzutu wskazać należy iż sam odwołujący w odwołaniu stwierdził, że „*PESA nie wykonała do tej pory w Polsce żadnego pojazdu klasy Intercity, którego „okrojenie” np. o 10% masy uzasadniałoby zminimalizowanie poziomu masy pojazdu w tym postępowaniu do 248,5t.*”, a tym samym przyznał, że zaoferowane rozwiązanie odnośnie masy pojazdu jest rozwiązaniem, dotychczas nie występującym na polskim rynku. Izba po szczegółowym zapoznaniu się z wyjaśnieniami PESY zawartych w przedmiotowych wyjaśnieniach zgadza się ze stanowiskiem przystępującego i zamawiającego, że informacje techniczne i technologiczne w odniesieniu do pojazdów będących w eksploatacji są powszechnie dostępne. Natomiast te dotyczące opracowań w fazie projektu lub prototypu, są ściśle strzeżone przez biura projektowe przed konkurencją. Często nawet pojedynczy parametr wyjęty z dokumentacji technicznej niesie ze sobą znaczną wartość techniczną, a tym bardziej, jeśli dotyczy to wielu informacji przedstawionych w połączeniu z parametrem. Informacje te stanowią uporządkowany zbiór, którego szczegółowa analiza może prowadzić do identyfikacji zastosowanych rozwiązań konstrukcyjnych i technologicznych. Powzięcie tych informacji przez firmy konkurencyjne może być wykorzystane w celu osłabienia pozycji rynkowej danego przedsiębiorcy- na którą sam zapracował, a tym samym osłabienie jego możliwości uzyskania zamówienia w tej branży.

Zasad jawności postępowania nie może być interpretowana w ten sposób, że każdy wykonawca ma prawo wejścia w posiadanie wiedzy na temat rozwiązań technicznych innego podmiotu, takich które do tej pory nie były stosowane. Tym samym dążenie do zbudowania przewagi konkurencyjnej poprzez opracowywanie coraz lepszych rozwiązań konkurencyjnych zdaniem Izby, w pełni uzasadniają podjęte przez PESE działania, w celu ich ochrony przed ujawnieniem innym konkurującym wykonawcom.

Odwołujący nadto nie wykazał, że informacje zawarte w złożonych przez

przystępującego w wyjaśnieniach (z dnia 27 listopada 2013 r. i 9 grudnia 2013 r.) są danymi powszechnie dostępnymi na tym rynku dostaw. Wobec tego Izba uznała, że powyższe informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dotyczą pojazdu nowo zaprojektowanego, mają charakter techniczny oraz mają wartość gospodarczą do PESY, Dlatego też zasługują na ich ochronę przed ich udostępnieniem konkurencji.

Odwołujący również pomimo podniesienia w odwołaniu kwestii iż wyjaśnienia PESY z dnia 27 listopada 2014 roku nie zostały równocześnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a miało to miejsce dopiero w dniu 28 listopada 2013 roku nie wykazał iż oba te pisma pomimo iż opatrzone ich inną datą nie zostały zamawiającemu dostarczone jednocześnie (co poniekąd wynika również z pkt 10 i 11 odwołania).

Wobec powyższego Izba uznała, że takie informacje zasługują na objęcie ich ochroną, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zostały spełnione wszystkie przesłanki ustawowe w tym zakresie a podnoszone zarzuty są niezasadne.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 86 ust. 4 ustawy Pzp stwierdzić należy, że odwołujący oprócz przywołania w zarzutach odwołania tego przepisu nie dokonał jego rozwinięcia w uzasadnieniu odwołania, celem wykazania jego zasadności. Ponadto zarzut ten (art. 86 ust.4) dotyczący czynności zamawiającego podejmowanych w trakcie jawnej czynności otwarcia ofert, należy uznać na tym etapie postępowania zarzutem spóźnionym.

Wobec niepotwierdzenia się w przedłożonym Izbie materiale dowodowym zasadności podnoszonych zarzutów, odwołanie zostało oddalone.

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

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

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

Przewodniczący .....

Członkowie: .....

.....