

**WYROK**

**z dnia 10 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) ALSTOM Power Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) ALSTOM Power Italia SpA, adres dla pełnomocnika: ul. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **ENERGA Elektrownia Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka**

przy udziale:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Budimex S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Andritz Energy & Environment GmbH, adres dla pełnomocnika: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Mostostal Zabrze S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) FISIA BABCOCK Environment GmbH, adres dla pełnomocnika: ul. Wolności 191, 48-800 Zabrze** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- C. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Rafako S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Energa Serwis Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- D. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) SPC Europe Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Beijing SPC Environment Protection Tech Co. Ltd, adres dla pełnomocnika: ul. Emilii Plater 25/9, 00-688 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

- E. wykonawcy **Shanghai Electric Group Company Limited, Xing Yi Road 8, 30/F Shanghai, Chińska Republika Ludowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. 1. uwzględnia odwołanie nakazuje zamawiającemu:
  - a/ odtajnienie informacji zawartych w wykazie stanowiącym załącznik nr 3 do wniosku wykonawcy Shanghai Electric Group Company Limited z wyłączeniem informacji przedstawiających wartość prac zawartych w kolumnie drugiej wykazu).
  - b/ dokonanie ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
  
2. kosztami postępowania obciąża **ENERGA Elektrownia Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) ALSTOM Power Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) ALSTOM Power Italia SpA, adres dla pełnomocnika: ul. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **ENERGA Elektrownia Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) ALSTOM Power Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) ALSTOM Power Italia SpA, adres dla pełnomocnika: ul. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A. w Ostrołęce prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Instalacji Odsiarczania Spalin (IOSII) w Elektrowni Ostrołęka B (dalej jako: „Postępowanie”).

Odwołujący: Konsorcjum: ALSTOM Power Sp. z o.o. w Warszawie (pełnomocnik) i ALSTOM Power Italia SpA wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu istotnej części wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Shanghai Electric Group Company Limited, z siedzibą w Szanghaju (dalej jako: „Shanghai”) oraz (dalej jako „Beijing”) oraz zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy oraz konsorcjum SPC Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Beijing SPC Environment Protection Tech Co. Ltd., z siedzibą w Pekinie z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

art. 8 ust. 1, 2, i 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia we wniosku Shanghai wykazu robót budowlanych oraz referencji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zrealizowanych w okresie ostatnich 7 lat przed dniem wszczęcia Postępowania pomimo, iż nie wystąpiły przesłanki do objęcia tej części tajemnicą przedsiębiorstwa;

art. 24 ust. 2 pkt. 3 oraz pkt. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców Shanghai i Beijing z Postępowania w sytuacji, gdy z jawnej części wniosków tych wykonawców wynika, że nie wykazali oni spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, tj. warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia oraz złożyli nieprawdziwe informacje w zakresie wykazywanych prac, co może mieć wpływ na wynik Postępowania;

a nadto, zarzuca Zamawiającemu:

niewłaściwe obliczenie punktów decydujących o pozycji wykonawcy na liście rankingowej, albowiem wykonawcy Shanghai i Beijing w rzeczywistości nie wykazali się doświadczeniem pozwalającym przyznać im odpowiednio 10 i 8 punktów, a jedynie co najwyżej 2 punkty, co za tym idzie wykonawcy ci nie powinni zostać zakwalifikowani do kolejnego etapu Postępowania, albowiem gdyby Zamawiający w sposób zgodny z ogłoszeniem przyznał punkty, ww. wykonawcy nie znaleźliby się na miejscach 1 - 5 listy rankingowej.

W związku z powyższym, wnosi o

1) nakazanie Zamawiającemu ujawnienia treści ww. części wniosków wykonawcy Shanghai zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego o:

2) unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu i powtórzenie tej czynności, a w jej następstwie wykluczenie z Postępowania wykonawców Shanghai i Beijing, z ostrożności procesowej zaś o:

3) przyznanie wykonawcom Shanghai i Beijing punktów w ilości adekwatnej do wykazanego doświadczenia, a w konsekwencji na umieszczeniu tych wykonawców na miejscach poniżej piątego listy rankingowej, co sprawia, iż wykonawcy ci nie są dopuszczeni do dalszego etapu Postępowania.

Odwołujący wskazuje, że naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa wglądu do pełnej treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi uszczerbek w uprawnieniu Odwołującego do uzyskania dostępu do dokumentacji postępowania, w tym konkurencyjnych wniosków. Ponadto z jawnej części wniosków, a także innych powszechnie jawnych źródeł (stron internetowych, dokumentów handlowych itp.), wynika, że wykonawcy ci nie spełniają warunku wiedzy i doświadczenia w Postępowaniu, lub też co najwyżej wykazali się minimalnym poziomem wiedzy i doświadczenia, który jest wystarczający, aby wykonawca nie podlegał wykluczeniu, natomiast nie uzasadnia przyznania punktów promujących do zakwalifikowania tych wykonawców na miejscach 1-5 listy wykonawców, tj. na pozycjach warunkujących udział wykonawcy w dalszych etapach Postępowania.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Na podstawie liczby punktów przyznanych poszczególnym wnioskom, Zamawiający utworzył listę rankingową wykonawców. Do dalszego etapu Postępowania zakwalifikowano pierwszych pięciu wykonawców z największą liczbą punktów. Wykonawca Shanghai znalazł się na pierwszej pozycji na liście, otrzymując dziesięć punktów, zaś wykonawca Beijing na pozycji trzeciej z wynikiem ośmiu punktów. Na miejscu piątym sklasyfikowany został Odwołujący, uzyskując pięć punktów.

Zgodnie z wymogami ogłoszenia, wykonawcy ubiegający się o zamówienie winni wykazać, iż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem składania wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu zaprojektowali, dostarczyli i wykonali co najmniej dwie IOS (Instalacje Odsiarczania Spalin) oparte o technologię mokrą (wapienno-gipsową), o natężeniu przepływu spalin na wlocie do IOS większym niż 1500 000 Nm<sup>3</sup>/h (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>) i stężeniu SO<sub>2</sub> w spalinach po IOS mniejszym niż 200 mg/Nm<sup>3</sup>s (spaliny suche, 6% O<sub>2</sub>) z zastosowaniem pojedynczego absorbera (pkt. III.2.3 ogłoszenia). Zamawiający przewidział, że za każde dodatkowe zrealizowane zamówienie odpowiadające opisowi znajdującemu się w pkt. 111.2,3. pkt. 1 ogłoszenia o zamówieniu ponad wymagane minimum, wykonawca otrzyma jeden punkt. Zamawiający w treści ogłoszenia zastrzegł, że nie będzie przyznawał punktów za doświadczenia dotyczące zamówień, które zostały udostępnione wykonawcy na

zasadach określonych w art. 26 ust. 2b pzp w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt. VI.3.6 ogłoszenia).

Zamawiający odmówił dostępu do części wniosków, wobec których wykonawcy uczynili zastrzeżenie o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa.

Tylko w wyjątkowych przypadkach Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem. Jednym z odstępstw od zasady jawności jest art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Prawo do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane z uwagi na dążenie wykonawców do utajnienia swojej oferty w jak największym stopniu, w celu utrudnienia lub uniemożliwienia innym wykonawcom składania środków zaskarżenia dotyczących treści tej oferty. Na poparcie stanowiska powołał orzecznictwo ETS i KIO.

Shanghai zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa referencje złożone na potwierdzenie spełnienia wymogu dysponowania wiedzą i doświadczeniem, ale także te, umożliwiające przyznanie punktów decydujących o dopuszczeniu do dalszych etapów Postępowania. Ponadto zastrzegł także wykaz wykonanych zamówień o podobnym charakterze (str. 7-35 wniosku Shanghai). Wykazanie się jak największym doświadczeniem było istotne dla każdego z wykonawców w niniejszym Postępowaniu. Zamawiający winien analizować wykazy prac składane przez wykonawców, jak również dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie (referencje). W razie zaś powzięcia wątpliwości co do treści przedłożonych referencji, Zamawiający winien wezwać do wyjaśnień w tym zakresie, czego jednak w niniejszym Postępowaniu nie uczynił, lub też uczynił w minimalnym zakresie, niewystarczającym dla należytej i rzetelnej oceny złożonych wniosków.

W Chińskiej Republice Ludowej publikowane i powszechnie jawne są rejestry prac wykonywanych na rzecz elektrowni na terenie całego kraju. Informacje takie można pozyskać w szczególności ze stron internetowych Ministerstwa Środowiska (the Ministry of Environment Protection): <http://www.mep.gov.cn> dawniej zaś rejestry te prowadziła Krajowa Agencja Ochrony Środowiska (State Environmental Protection Agency - SEPA). Ponadto, tego typu kontrakty w Chińskiej Republice Ludowej realizowane są na rzecz przedsiębiorstw będących tzw. utilities, a więc przedsiębiorstw państwowych lub komunalnych, co dodatkowo przesądza o ich publicznej jawności.

Korzystając z ww. rejestru Odwołujący odnalazł zamówienia wskazane w piśmie Shanghai, których wykaz obrazuje tabela przedstawiając je w tabeli.

W ocenie odwołującego informacje zastrzeżone przez Shanghai nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem są to informacje publicznie jawne.

Odwołujący stwierdził, że brak jest okoliczności pozwalających uznać, że wymagany wykaz robót budowlanych (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie Shanghai) jest informacją

gospodarczą która może mieć szczególną wartość. Wykaz ten sprowadzał się bowiem do oznaczenia kontrahenta i wskazaniu projektu, który realizowany był na jego rzecz. Wykonawcy nie dowiedli także, jakie szczególne środki podjęli, aby zachować poufność tych informacji. A zatem przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk, nie zostały spełnione.

Mimo zastrzeżenia poufności Zamawiający winien złożone dokumenty odtajnić, albowiem nie zaistniały przesłanki określone w art. 11 ust. 4 uznk, co za tym idzie, informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechanie ich odtajnienia było bezpodstawne.

Zgodnie z listą rankingową wykonawców, zawartą w piśmie Zamawiającego z dnia 14 marca 2014 roku, oferta Wykonawcy Shanghai otrzymała dziesięć punktów. Mimo, że część wniosku tego wykonawcy została utajniona, to z faktu przyznania dziesięciu punktów należy wnioskować, że Wykonawca ten legitymował się doświadczeniem obejmującym wykonanie co najmniej dwanaście prac. Zgodnie bowiem z ogłoszeniem, dwie prace wykazują spełnienie warunków udziału w Postępowaniu i nie są punktowane, zaś dziesięć punktów wymaga dodatkowych dziesięciu prac wskazanych przez tego wykonawcę w wykazie. Owe dziesięć wykonanych zamówień, zgodnie z wymogami ogłoszenia, nie mogło być wykonane przez inny podmiot a następnie „użyczone” wykonawcy na zasadach określonych w art. 26 ust, 2b Pzp. Każdy z dokumentów referencji miał zatem doniosłe znaczenie, albowiem liczba wykonanych zamówień decydowała także o miejscu na liście rankingowej. Pozycja na liście ma zaś to istotne znaczenie, że tylko wykonawcy z miejsc od 1 - 5 uczestniczą w dalszych etapach Postępowania.

Mimo objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu zrealizowanych zamówień oraz referencji Wykonawcy Shanghai, z dokumentu zatytułowanego „wyjaśnienie” (str. 36-37 oferty Shanghai) wynika wprost, że Wykonawca Shanghai posłużył się w pięciu przypadkach referencjami, które wystawione były dla innego podmiotu - tj. SEC-IHI Power Generation Environment Protection Engineering Co Ltd., który następnie zmienił nazwę na Shanghai Electric Power Environmental Engineering Co Ltd. Wykonawca Shanghai wyjaśnia, że jest obecnie właścicielem spółki Shanghai Electric Power Environmental Engineering Co Ltd.

Z kolei dla dwóch kolejnych pozycji z wykazu wykonanych prac (referencje Quang Ninh #1 i Quang Ninh #2) Shanghai wyjaśnia, że prace te wykonane były przez spółkę Shanghai Electric (Group) Corporation, która jest „firmą holdingową” i której udziałowcem jest wykonawca Shanghai.

Powyższe potwierdzają także dane przedstawione w tabeli. W tym rejestrze w rubryce „wykonawca”, przy żadnym zamówieniu nie wskazano wykonawcy Shanghai. Jest to albo „Shanghai-IHI”, albo wręcz jak w przypadku pozycji nr 1 w tabeli (czerwone oznaczenie) - zupełnie inny wykonawca o nazwie Bao Steel Engineering. Reasumując, Wykonawca Shanghai w nieutajnionej części wniosku wskazał, że co najmniej siedem prac z przedłożonego wykazu, to w rzeczywistości referencje wystawione na rzecz innych

podmiotów. Shanghai wskazuje co prawda na powiązania kapitałowe pomiędzy tymi podmiotami (pięć referencji wystawionych dla spółki-córki i dwie dla spółki-matki). Niemniej jednak, tego typu doświadczenie zdobyte przez inne podmioty, mogło co najwyżej być przedmiotem udostępnienia wykonawcy przez podmiot trzeci (na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp). Jednakże, jak wspomniano, instytucję tę można w niniejszym Postępowaniu wykorzystać co najwyżej dla wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu (a więc dla dwóch zamówień). Nie można jednak z niej korzystać w celu zdobycia punktów decydujących o pozycji na liście rankingowej. Już tylko z tego powodu zarzut odwołania jest zasadny, a Shanghai nie można przyznać dziesięciu punktów, lecz co najwyżej trzy.

Z wyjaśnień Shanghai można wnioskować, iż doświadczenie w realizacji zadań przez spółki zależne jest automatycznie doświadczeniem każdej ze spółek grupy. Precyzyjnie zaś rzecz ujmując, doświadczenie spółki-córki staje się zarazem doświadczeniem spółki-matki, a doświadczenie spółki-matki jest doświadczeniem spółki-córki. Nie ulega jednak wątpliwości, że jest to pogląd całkowicie nieuprawniony i błędny. Już choćby kierując się zasadami doświadczenia życiowego nie sposób twierdzić, iż powiązania kapitałowe dwóch podmiotów mogą sprawić, że doświadczenie nabywane przy wykonaniu określonego zadania może „przejsć” na podmiot nie realizujący tego zamówienia.

Izba w orzecznictwie prezentuje stanowisko, że potencjał spółek powiązanych może być przedmiotem udostępnienia, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp. Prowadzi to także do innego wniosku, a mianowicie, że potencjał nie może być przedmiotem swobodnego „używania” przez spółki z grupy kapitałowej, bez uprzedniego udostępnienia przez spółkę, która rzeczywiście nim dysponuje. Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy, doświadczenie spółek powiązanych kapitałowo z wykonawcą nie jest jednocześnie doświadczeniem wykonawcy. Nawet zaś jeśli pomiędzy spółkami z grupy wykonawcy Shanghai doszło do udostępnienia doświadczenia w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp przez którąkolwiek ze spółek (być może oświadczenie takie znajduje się w części niejawniej wniosku), to i tak, jak wskazano powyżej, doświadczenie pozyskane w taki sposób nie może (zgodnie z treścią ogłoszenia) przekładać się na punkty wykonawcy w zakresie doświadczenia.

Shanghai samodzielnie nie posiada zatem wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Dysponowanie wszelkimi zasobami przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie publiczne musi zaś być realne. W tym przypadku, za takie doświadczenie nie może być uznane doświadczenie podmiotów powiązanych kapitałowo, ale odrębnych organizacyjnie, posiadających własne firmy, pracowników, know - how, itp.

Prace wykonywane przez Shanghai Electric IHI Environmental Engineering Co Ltd. (ujawnione w rejestrze SEPA) opierały się na technologii odsiarczania spalin metodą moką

która należała do Ishikawajima Heavy Industry. Wykonywanie prac w oparciu o technologię innego przedsiębiorstwa prowadzi także do wniosku, że Shanghai, mimo złożenia we wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu oświadczenia w tym zakresie, w rzeczywistości nie dysponuje własną technologią mokrego odsiarczania spalin - co także było wymogiem udziału w Postępowaniu - a zatem także i z tej przyczyny winien być z Postępowania wykluczony. Zamawiający w tym zakresie oparł się wyłącznie na oświadczeniu Shanghai, podczas gdy należało co najmniej wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Z przedstawionych powyżej faktów wynika bowiem, że jest wielce prawdopodobne, iż Wykonawca nie dysponuje tego typu własną technologią.

W odniesieniu do wykonawcy Beijing odwołujący zakwestionował udział w wykonaniu jednego wykazanego zamówienia tego wykonawcy uznając także pozostałe zamówienia wskazane przez wykonawcę Beijing w rejestrze za nie odpowiadające wymogom Zamawiającego, a ponadto oświadczenia wykonawcy zawarte w rejestrze - dotyczące wykonanych prac uznał nieprawdziwe tj. niezgodne z rzeczywistością, w szczególności w zakresie deklarowanych parametrów technicznych realizowanych instalacji, co wynika zarówno z rejestru SEPA jak i powszechnie jawnych informacji handlowych.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli następujące oświadczenia:

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Shanghai w treści niezastrzeżonej wniosku opisał prace, jakie wykonywał (str. 36 i 37 wniosku). Na tej podstawie dotarł do informacji publicznie dostępnych i wykazów SEPA. Złożył tłumaczenie części tego wykazu. Wskazał, że str. 3 dotyczy wykonawcy Shanghai. Pozostałe 3 strony dotyczą realizacji konsorcjum SPC.

Wskazał, że jednym z wymaganych przez Zamawiającego parametrów było natężenie przepływu spalin na wlocie od instalacji odsiarczania. Stwierdził, że wielkość ta jest wprost powiązana z mocą elektrowni. Złożył do akt instrukcję obsługi jednej z elektrowni wskazanej w wyjaśnieniach z ilością spalin na str. 3 mniejszą od wymaganej 1,5 mln.

W złożonym wykazie dotyczącym realizacji firmy Beijing wskazana jest moc elektrowni. O ile dla elektrowni o mocy 600 MW prawdopodobne jest osiągnięcie wymaganego wskaźnika 1,5 mln, o tyle przy niższych mocach, które, jak wynika z wykazu, wynoszą od 200 do 300 MW, nieprawdopodobna jest wielkość spalin wyżej wskazana i wymagana jako parametr.

Przystępujący konsorcjum Budimex poparł stanowisko Odwołującego.

Wskazał na brak skutecznego zastrzeżenia informacji przez wykonawcę Shanghai. Stwierdził, że dowody przedstawione przez Odwołującego potwierdzają potrzebę weryfikacji decyzji Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu. Stwierdził, że Odwołujący zasadnie podniósł zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Stwierdził, że Odwołujący ma interes



w rozumieniu art. 179 w uzyskaniu zamówienia. Wskazał w tym zakresie na wyroki Izby 192/14 i 200/14.

Przystępujący konsorcjum Mostostal poparł stanowisko Odwołującego. Stwierdził, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może dotyczyć usług sektora publicznego. Wskazał na wyrok KIO 1745/13. Przypomniął, że w tym postępowaniu referencje użyte nie mogły mieć wpływu na punktację przyznawaną wykonawcy.

Przystępujący konsorcjum Rafako poparł stanowisko Odwołującego. Podkreślił odrębną podmiotowość wykonawców pomimo wiążących ich związków kapitałowych. Wskazał na wyrok KIO 2259/10.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania, z uwzględnieniem modyfikacji zarzutów.

Stwierdza, że oceniał zasadność wniosku z zastrzeżeniem poufności i uznał, że nie miał podstaw do ujawniania zastrzeżonych informacji. Zakwestionował tezę o jawności informacji dotyczących wszystkich usług sektora publicznego w Chinach. Zauważył, że nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień w sytuacji, gdy zastrzeżenie nie budzi jego wątpliwości. Wskazał na orzeczenie KIO 903/13 i 1228/13. Tak jak w piśmie podtrzymał, że podstawowym dokumentem zawierającym informacje złożone przez wykonawcę jest wykaz inwestycji, natomiast dokumenty referencyjne służą potwierdzeniu należytego wykonania wskazanych prac.

Stwierdził, że ocena informacji technicznych i spełniania postawionych wymogów była dokonywana przez specjalistów branżowych (doradcę technicznego).

Zauważa, że, przyznając punkty poszczególnym wykonawcom, zachował zasadę równego ich traktowania, jakkolwiek nie postąpił w pełni ściśle z treścią ogłoszenia, jednak nie miało to wpływu na przyznaną punktację i miejsce na liście rankingowej.

Przystępujący konsorcjum SPC przyłączył się do stanowiska Zamawiającego i wskazał na pisemne stanowisko. Zanegował istnienie oficjalnych rejestrów, o których mówi Odwołujący. Złożył do akt świadectwo rejestracji przemysłowej instalacji odsiarczania spalin w jednostkach nr 1 i 2 (2 x 200 MW) Fushun Power Generation Co. Ltd sporządzone przez Chińskie Stowarzyszenie Przedsiębiorstw Energetycznych w elektrowni Fushun.

Poddał w wątpliwość twierdzenia Odwołującego o relacjach między mocą elektrowni, a ilością emitowanych spalin wskazując przy tym, że Zamawiający nie określał parametru mocy. Stwierdził, że w istocie normy emisji siarki w Chinach są na poziomie europejskim – 200, a nawet 100 mg. Zauważa, że przedstawione przez niego instalacje dotyczą bloków energetycznych o mocy minimum 2 x 200 MW, a nie, jak twierdzono, 200 MW.

Zanegował walor dowodowy instrukcji obsługi i wykazu inwestycji złożonych na rozprawie przez Odwołującego.

Odwołujący przypomniał, że zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bada Zamawiający. Zauważył, że dotarł do szeregu informacji w powołanych wcześniej w rejestrach, z których wynika, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy było nieskuteczne. Potwierdził, jako profesjonalista, związek między mocą bloku, a wielkością emisji spalin.

Przystępujący konsorcjum Budimex stwierdził, że ocena wniosków prowadzona przez Zamawiającego była niespójna i niestaranna, w tym także ocena zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zauważył, że wyjaśnienia wykonawcy Shanghai na str. 36 i 37 wniosku nie zostały uwzględnione, choć potwierdzają, że wykonawca powołuje się na doświadczenie innych podmiotów, z którymi powiązany jest kapitałowo. Wskazał na domniemania w tym zakresie Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie jako nie poparte faktami.

Przystępujący konsorcjum Mostostal podkreślił, że jawność postępowania jest zasadą ustawową. Stwierdził, że Zamawiający nie ocenił poprawnie wniosku Shanghai posiadając informacje z wyjaśnień na str. 36 i 37. W ocenie Przystępującego, Zamawiający uwzględnił informacje zawarte w wykazie Shanghai bezkrytycznie, przez co nieprawidłowo ocenił spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę

Zamawiający ponownie wyjaśnił, że zbadał przesłanki skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wniosku. Stwierdził, że takie informacje mogły być zastrzeżone.

Podkreślił, że szczegółowo oceniał zawartość merytoryczną wniosku, w tym spełnianie wymaganych parametrów i po takiej ocenie sporządził listę wykonawców przewidzianych do złożenia ofert.

Przystępujący konsorcjum SPC wskazał na brak źródła informacji w wykazie złożonym przez Odwołującego na rozprawie. Stwierdził, że adres strony internetowej podanej w odwołaniu jest nieaktywny, a Odwołujący nie udowodnił podniesionych wobec niego zarzutów. Wskazał na złożony przez siebie wykaz i referencje, które potwierdzają spełnienie warunków udziału i zasadność uzyskanej punktacji, a w związku z tym miejsca na liście rankingowej.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację postępowania, treść ogłoszenia o zamówieniu stanowisk i wyjaśnień pisemnych wykonawców oraz wyjaśnienia stron i uczestników złożone w toku postępowania odwoławczego na piśmie oraz na rozprawie do protokołu, zważyła, co następuje:

Przepis art. 8 ustawy Pzp wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, iż to zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych, w tym zgodnie z zasadą jawności postępowania. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zamawiającym ciąży obowiązek i odpowiedzialność za zachowanie tej zasady. Przepis art. 8 ust. 2 Pzp zawiera uprawnienie zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak z uprawnienia tego zamawiający może skorzystać tylko w przypadkach określonych w ustawie. W ust. 3 powyższego przepisu ustawodawca zakazuje zamawiającemu udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzeże, nie później niż lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że informacje te nie mogą być udostępnione.

Z treści przepisu art. 8 ustawy Pzp, w szczególności z treści nakazu wyrażonego przez ustawodawcę „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu [...]” wynika obowiązek badania przez zamawiającego czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Zamawiający jest zobowiązany do samodzielnej oceny czy zachodzą przypadki określone w ustawie uprawniające do ograniczenia jawności. Izba w pełni podziela stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z warunków ogłoszenia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Zgodnie z treścią art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59): informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przyjmuje się, że

informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów oraz zacytowaną wyżej definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała, że informacje zawarte we wniosku przystępującego, który jako jedyny zastrzegł informacje o wykonanych realizacjach, a dotyczące przedmiotu zrealizowanych zamówień, odbiorców, dat realizacji i parametrów spalin nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a ich zastrzeżenie nie powinno podlegać ochronie. Należy przy tym zauważyć, że wykonawca zastrzegając tajemnicę nie wykazał zajścia przesłanek skutecznego zastrzeżenia i nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów na poparcie stanowiska. Poza deklaracją własną nie wskazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania żądanej poufności. Należy przy tym wskazać, że szereg wykazanych zamówień został przez wykonawcę w jawnym dokumencie pn. Wyjaśnienie zawartym na stronach 36 i 37 wniosku. Ponadto zastrzeżenie tajemnicy o niektórych inwestycjach z wykazu nie może być uznane za skuteczne, skoro odwołujący wykazał, że jest dostępna w sieci internetowej niezależnie od faktu, czy przedstawione przez niego informacje pochodzą z urzędowych portali, czy innych. Odnośnie odmiennej argumentacji zamawiającego w tym zakresie skład orzekający zauważył, że zamawiający wskazał na orzecznictwo dotyczące utrzymywanych związków biznesowych, cen i przedmiotu dostaw, które mogą stanowić informacje stanowiące wartość gospodarczą mogące być objęte ochroną przed konkurentami w celu m. in. utrudnienia przejścia klientów. Wypada wskazać, że warunki udziału w niniejszym postępowaniu dotyczą zakończonych robót budowlanych co do zasady nie kontynuowanych, stąd ryzyko przejścia takich prac i związków biznesowych przez konkurenta jest dalece wątpliwe.

Rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie jest wynikiem uznania przez skład orzekający, że z zastrzeżeniem prawa do utajniania niektórych informacji, prawo to nie może uchybiać zasadzie jawności służącej najczęściej w praktyce umożliwieniu wzajemnej kontroli przez wykonawców konkurujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze, że istotą tej kontroli jest wzajemna ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w sprawie rozpoznawanej w szczególności oceny zasadności zakwalifikowania wykonawców do kolejnego etapu postępowania Izba uznaje, że niezasadne jest ograniczanie dostępu do treści wniosków.

Zawarte w pkt 1.1. b/ sentencji wyroku rozstrzygnięcie co do dokonania ponownej oceny wniosków wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynika z oceny, że dokonana klasyfikacja wykonawców nastąpiła z naruszeniem postanowień ogłoszenia o zamówieniu zawartych w sekcji VI.3 Informacje dodatkowe. Zamawiający zadeklarował, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy będzie dokonywana z uwzględnieniem zasady, że za każde dodatkowe zamówienie odpowiadające opisowi znajdującemu się w Sekcji III.2.3.1 ponad wymagane minimum wykonawca otrzyma 1 punkt za zamówienie obejmujące jedną instalację o parametrach opisanych w Sekcji III.2.3. Przy obliczaniu punktów zastrzeżono, że nie będą przyznawane punkty za doświadczenie dotyczące zamówień, które zostały udostępnione wykonawcy na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy pzp w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika ze stanowiska zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, uznał on, że wykonawca, który dokonał zastrzeżenia informacji, uprawdopodobnił, że mógł być zaangażowany w wykonywanie zamówień referencyjnych, co można wnioskować z istniejących powiązań kapitałowych. Izba zauważyła, że stanowisko takie jedynie potwierdza brak wiarygodnego wyjaśnienia co do spełnienia wymaganego warunku, a nadto należy podkreślić, iż w świetle powołanych postanowień ogłoszenia powiązanie kapitałowe bez wyjaśnienia rzeczywistego nabycia doświadczenia nie uprawnia do uzyskania przewidzianych punktów w klasyfikacji wykonawców. Ponadto w ocenie składu orzekającego również kwestie spełniania wymaganych parametrów powinny być przedmiotem wyjaśnień w toku ponownej oceny wniosków.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zarzuty naruszenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia przepisu art. 7 ust 1, art. 8 ust 1- 3, potwierdziły się w części. Jednocześnie nie stwierdzono podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy przez niezastosowanie przepisu wobec wskazanych w odwołaniu wykonawców wobec nieudowodnienia tych okoliczności.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....