

WYROK

z dnia 13 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Anna Wojciechowska

Rafał Zdrożny

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 30 listopada 2017 r. i 8 grudnia 2017r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2017 r. **przez odwołującego Konsorcjum:** Siemens Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) ul. Żupnicza 11; 03-821 Warszawa; Siemens Aktiengesellschaft Österreich z s. Wiedeń i Newag S.A. z s. Nowy Sącz w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Metro Warszawskie Sp. z o.o. ul. Wilczy Dół 5 ; 02-798 Warszawa

przy udziale wykonawców:

- A. wykonawcy Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A., J.M. Iturrioz 26, Beasain zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy Konsorcjum: Skoda Transportation a.s.(Lider konsorcjum) ul. Emila Skody 2922/1, 30100 Pilzno, Skoda Vagonka a.s. z s. Ostrava, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy Stadler Polska Sp. z o.o. ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. uwzględnia odwołanie

i

- 1.1. umarza postępowanie w zakresie załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz w zakresie cyklu przeglądowo-naprawczego interwał wykonywania przeglądów co do zastrzeżenia „w latach” w ofertach: Alstom S.A z s. 41-500 Chorzów; ul. Metalowców 9; Konsorcjum: Skoda Transportation a.s.(Lider konsorcjum) ul. Emila Skody 2922/1, 30100 Pilzno, Skoda Vagonka a.s. z s. Ostrava; Stadler Polska Sp. z o.o. ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce

oraz

- 1.2. nakazuje zamawiającemu odtajnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji o wartości zużycia energii elektrycznej (tam i z powrotem E+Er oraz średnia arytmetyczna), informacji o systemie utrzymania pojazdu, informacji o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych, informacji o zastosowaniu sprężarki suchej, informacji o masie pojazdu według zawartych zastrzeżeń w ofertach: Alstom S.A z s. 41-500 Chorzów; ul. Metalowców 9; Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A., J.M. Iturrioz 26, Beasain; Konsorcjum: Skoda Transportation a.s.(Lider konsorcjum) ul. Emila Skody 2922/1, 30100 Pilzno, Skoda Vagonka a.s. z s. Ostrava; Stadler Polska Sp. z o.o. ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce
 2. kosztami postępowania obciąża Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A., J.M. Iturrioz 26, Beasain zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego; Konsorcjum: Skoda Transportation a.s.(Lider konsorcjum) ul. Emila Skody 2922/1, 30100 Pilzno, Skoda Vagonka a.s. z s. Ostrava, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Stadler Polska Sp. z o.o. ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum: Siemens Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) ul. Żupnicza 11; 03-821 Warszawa; Siemens Aktiengesellschaft Österreich z s. Wiedeń i Newag S.A. z s. Nowy Sącz tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza po 6.200,00 zł.00gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) od Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A., J.M. Iturrioz 26, Beasain zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego; Konsorcjum: Skoda Transportation a.s.(Lider konsorcjum) ul. Emila Skody 2922/1, 30100 Pilzno, Skoda Vagonka a.s. z s. Ostrava, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Stadler Polska Sp. z o.o. ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego na rzecz Siemens Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) ul. Żupnicza 11; 03-821 Warszawa; Siemens Aktiengesellschaft Österreich z s. Wiedeń i Newag S.A. z s. Nowy Sącz stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie

W dniu 17 listopada 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej ul. Postępu 17a 02-676 Warszawa wpłynęło odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia: Siemens Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) ul. Żupnicza 11, 03 -821 Warszawa; Siemens Aktiengesellschaft Österreich Siemensstrasse 90, 1210 Wiedeń; Newag S.A. ul. Wyspiańskiego 3, 03-300 Nowy Sącz adres do korespondencji: Siemens Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa na postępowanie prowadzone przez Metro Warszawskie Sp. z o.o. ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa.

Odwołanie dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Dostawa 37+8 sześciowagonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu pasażerów na I / II linii metra w Warszawie, numer referencyjny EH.25.00053.2017.S.P.AGKU, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 maja 2017, pod numerem 2017 S/094 - 184974.

I. Działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. Nr 2017, poz. 1579 z późniejszymi zmianami), dalej zwana „Ustawą” lub „PZP”, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Siemens Sp. z o.o., Siemens Aktiengesellschaft Österreich, Newag S.A., zwani dalej „Odwołującym” wnoszą odwołanie na zaniechanie przez Zamawiającego - Metro Warszawskie Sp. z o.o. w Warszawie - ujawnienia i udostępnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w ofertach złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa 37+8 sześciowagonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu pasażerów na I i II linii metra w Warszawie” (dalej „Postępowanie”) mimo, iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

II. Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie przepisów PZP w zakresie:

1. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie ujawnienia następujących informacji zawartych w treści ofert Wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu:

- 1) Alstom Konstal S.A:
 - a. wartości zużycia energii elektrycznej,
 - b. informacji o systemie utrzymania pojazdu,
 - c. informacji o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych,

- d. informacji o zastosowaniu sprężarki suchej,
 - e. masy pojazdu,
 - f. uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 2) Konsorcjum firm: Škoda Transportation a.s., Škoda Vagonka a.s.
- a. wartości zużycia energii elektrycznej,
 - b. informacji o systemie utrzymania pojazdu,
 - c. informacji o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych,
 - d. informacji o zastosowaniu sprężarki suchej,
 - e. masy pojazdu,
 - f. uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 3) Stadler Polska Sp. z o.o.
- a. wartości zużycia energii elektrycznej,
 - b. informacji o systemie utrzymania pojazdu,
 - c. informacji o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych,
 - d. informacji o zastosowaniu sprężarki suchej,
 - e. masy pojazdu,
 - f. uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 4) Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarrile S.A.
- a. wartości zużycia energii elektrycznej,
 - b. informacji o systemie utrzymania pojazdu,
 - c. informacji o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych,
 - d. informacji o zastosowaniu sprężarki suchej,
 - e. masy pojazdu;

2. art. 8 ust. 1, 2, 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zmianami), dalej zwaną "UZNK" - poprzez uznanie, że informacje wskazane powyżej w pkt 11.1. stanowią

tajemnicę przedsiębiorstwa wskazanych odpowiednio Wykonawców, podczas gdy informacje te, z uwagi na ich treść, nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa z UZNK;

3. art. 8 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK poprzez uznanie, że informacje wskazane powyżej w pkt 11.1. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wskazanych odpowiednio Wykonawców, podczas gdy Wykonawcy w uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazali wartości gospodarczej informacji ani faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności tych zastrzeżonych informacji.

III. Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia:

1. uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa
 - a. części oferty Alstom Konstal S.A.,
 - b. części oferty Konsorcjum firm: Škoda Transportation a.s., Škoda Vagonka a.s.
 - c. części oferty Stadler Polska Sp. z o.o.
2. następujących informacji zawartych w ofercie:
 - 1) Alstom Konstal S.A. w zakresie:
 - a. wartości zużycia energii elektrycznej (tam i z powrotem E+Er oraz średnia arytmetyczna),
 - b. informacji o systemie utrzymania pojazdu,
 - c. informacji o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych,
 - d. informacji o zastosowaniu sprężarki suchej,
 - e. masy pojazdu;
 - 2) Konsorcjum firm: Škoda Transportation a.s., Škoda Vagonka a.s. w zakresie:
 - a. wartości zużycia energii elektrycznej (tam i z powrotem E+Er oraz średnia arytmetyczna),
 - b. informacji o systemie utrzymania pojazdu,
 - c. informacji o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych,
 - d. informacji o zastosowaniu sprężarki suchej,

- e. masy pojazdu;
- 3) Stadler Polska Sp. z o.o. w zakresie:
- a. wartości zużycia energii elektrycznej (tam i z powrotem E+Er oraz średnia arytmetyczna),
 - b. informacji o systemie utrzymania pojazdu,
 - c. informacji o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych,
 - d. informacji o zastosowaniu sprężarki suchej,
 - e. masy pojazdu;
- 4) Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarrile S.A. w zakresie:
- a. wartości zużycia energii elektrycznej (tam i z powrotem E+Er oraz średnia arytmetyczna),
 - b. informacji o systemie utrzymania pojazdu,
 - c. informacji o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych,
 - d. informacji o zastosowaniu sprężarki suchej,
 - e. masy pojazdu;

- gdzie podpunkty a-d w pkt 1) - 4) powyżej są parametrami, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert określonych w pkt. 12 SIWZ.

IV. Odwołującemu przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP, ponieważ złożył ważną ofertę i może uzyskać niniejsze Zamówienie.

Odwołujący, na obecnym etapie postępowania, nie zna decyzji Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej, jednak na skutek niezasadnego utajnienia informacji zawartych w ofertach wykonawców biorących udział w Postępowaniu (w szczególności parametrów ocenianych na podstawie zakreślonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert), Odwołujący może zostać pozbawiony możliwości zaskarżenia czynności Zamawiającego w postaci oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Naruszenie wskazanych przepisów Ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ zaburza prawo do weryfikacji ofert konkurencyjnych i uniemożliwia Odwołującemu sprawdzenie ich zgodności z ustalonymi w SIWZ zasadami oceny i wyboru ofert, a w konsekwencji uniemożliwi zaskarżenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wniesienie niniejszego odwołania ma na celu przywrócenie zasady przejrzystości czynności Zamawiającego, która pozwala na kontrolę prawidłowości przebiegu postępowania.

V. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 7 listopada 2017, tj. w dniu zapoznania się z ujawnioną częścią treści ofert konkurencyjnych.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 23 października 2017. Odwołujący złożył wniosek o wgląd do ofert złożonych w Postępowaniu w dniu 25 października 2017. W dniu 3 listopada 2017, Zamawiający poinformował Odwołującego o możliwości zapoznania się z dokumentacją postępowania w dniu 7 listopada 2017. W dniu 7 listopada 2017 r.

Odwołujący dokonał wglądu do dokumentacji postępowania, jednak Zamawiający odmówił dostępu do części ofert pozostałych Wykonawców z powodu, zdaniem Zamawiającego, skutecznego zastrzeżenia przez nich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W tej sytuacji faktycznej Odwołujący uprawniony był domniemywać, że Zamawiający uznał prawidłowość zastrzeżenia poufności informacji przez Wykonawców. Udostępnienie bowiem przez Zamawiającego ofert wyłącznie w zakresie nieujawnionym przez Wykonawców, bez jednoczesnego wskazania, że w pozostałym zakresie Zamawiający rozstrzygnie wnioski o wgląd do oferty w terminie późniejszym, należy uznać za podjęcie decyzji o podtrzymaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawców.

Zatem niniejsze odwołanie jest wnoszone w terminie określonym w art. 182 ust. 3 pkt 1) PZP.

Uzasadnienie odwołania

I. wykonawcy

W postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Alstom Konstal S.A. z siedzibą w Chorzowie, ul. Metalowców 9, 41-113 Chorzów, zwana dalej Alstom,
2. Konsorcjum firm: Škoda Transporttion a.s. z siedzibą w Pilźnie, Emila Škody 2922/1, Škoda Vagonka a.s. z siedzibą w Ostrawie, ul. 1 Maje 3176/102, zwana dalej Škoda,
3. Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce, zwana dalej Stadler,
4. Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarrile S.A. z siedzibą w Madrycie, Padilla 17, 28006 Madryt, zwana dalej CAF,

zwani dalej łącznie Wykonawcami oraz

5. Konsorcjum firm: Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa, Siemens Aktiengesellschaft Österreich z siedzibą w Wiedniu Siemensstrasse 90, 1210 Wiedeń, Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, ul. Wyspiańskiego 3, 03-300 Nowy Sącz.

II. ZAKRES ZASTRZEŻENIA / ZAKRES ODTAJNIENIA

Wykonawcy zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa odnośnie do złożonego przez nich z ofertą załącznika nr 7 do SIWZ, w tym w zakresie parametrów technicznych podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert z pkt. 12 SIWZ (str.16-18), tj. zużycie energii elektrycznej, system utrzymania pojazdu, ekologia. W utajnionych przez Wykonawców dokumentach znajdowała się także informacja o masie zaferowanego pojazdu.

Dodatkowo, wykonawcy Alstom, Škoda i Stadler utajнили samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ramach tego odwołania Odwołujący wnosi o odtajnienie tylko pięciu rodzajów informacji zawartych w ofertach Wykonawców, które mają postać konkretnych liczb w postaci parametrów technicznych lub jednoznacznej deklaracji (tak/nie), z których cztery są parametrami ocenianymi w ramach kryteriów oceny ofert.

Zakres odwołania jest zatem ograniczony tylko do kilku wskazanych precyzyjnie informacji, które - jak poniżej wykaże Odwołujący - nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie mogą być skutecznie zastrzeżone przez Wykonawców. Wynika to ze względu na naturę tych informacji oraz z uwagi na to, że zostaną ujawnione przez Zamawiającego w toku postępowania lub w toku wykonania umowy.

III. ZASADA JAWNOŚCI

Zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych zasad systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Powszechne prawo do informacji wynika z art. 54 i 61 Konstytucji RP oraz przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.).

Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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.

Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 UZNK.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 PZP protokół wraz z załącznikami jest jawny i powinien być udostępniony do wglądu wszystkim zainteresowanym osobom, bez względu na posiadanie interesu prawnego czy faktycznego. Zatem pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne powinno być interpretowane w sposób ścisły, ostrożny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi.

IV. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA

Zgodnie z art. 11 pkt 4 ustawy UZNK pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

1. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą,

2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powszechnie przyjmuje się (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00), że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 PZP 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 być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Od października 2014 roku, w związku ze zmianą PZP, wykonawcy muszą nie tylko zastrzegać tajemnice, ale także ją wykazywać.

Zamawiający w ramach Postępowania poszedł o krok dalej i doprecyzował w pkt 9.17 SIWZ, że w przypadku przedłożenia informacji stanowiących tajemnicę Wykonawca „winien wskazać w sposób nie budzący wątpliwości, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” oraz „winien wykazać, że zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Aby dana informacja podlegała ochronie, musi zostać spełniona przesłanka formalna i materialna.

Pierwsza z przesłanek, formalna, jest spełniona, gdy zostanie wykazane, że wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji. Nie wystarczy samo przekonanie podmiotu dysponującego informacją o działalności przedsiębiorcy, że posiadane przez niego dane mają charakter poufny, musi on jeszcze podjąć konkretne działania w celu ochrony poufności.

Przesłanka materialna to obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą tj. dotyczą kwestii, które obiektywnie mogłyby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy. Informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające.

Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości.

Wykonawca winien wykazać Zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatruje on szkody. Wykonawca winien wykazać związek przyczynowo - skutkowy między ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą, a możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona.

Określenie konkretnych informacji oraz ciężar dowodu wykazania zasadności zastrzeżenia spoczywa na wykonawcy i to nie później niż z dniem składania ofert.

V. KRYTERIUM OCENY OFERT

Cztery spośród pięciu danych, o których ujawnienie wnosi Odwołujący, tj. zużycie energii, informacje o systemie utrzymania pojazdu, informacje o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych, informacje o zastosowaniu sprzężarki suchej, stanowią kryteria oceny ofert zgodnie z pkt 12 SIWZ.

W ocenie Odwołującego, utajnienie przez Wykonawców powyżej wskazanych danych zmierza w istocie do pozbawienia Wykonawców możliwości kontroli przebiegu postępowania oraz prawidłowości dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z zasadami przewidzianymi w SIWZ.

Zastrzeżenie informacji, będących kryteriami oceny ofert, pomimo braku wykazania ich wartości gospodarczej i działań niezbędnych do zachowania ich poufności, może mieć w sobie ukryty cel, jakim jest uniemożliwienie innym wykonawcom zapoznanie się z ofertą i dokonanie oceny ofert poprzez konkretne kryteria.

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 co do 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, (wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2012 r., KIO 2609/12, wyrok KIO z dnia 15 września 2008 r., KIO/UZP 908/08).

Istotne jest także to, że nie jest dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do informacji, które staną się jawne na etapie dokonania wyboru oferty lub podpisania umowy.

Informacje, których odtajnienia żąda Odwołujący, dotyczą kryteriów oceny ofert, a zatem w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej zostaną na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 PZP ujawnione poprzez wskazanie punktacji za dane kryterium. Na podstawie tych informacji wykonawcy będą mogli w drodze prostego matematycznego działania wyliczyć, jakie były parametry żądanych informacji dla każdego z wykonawców.

Zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, która będzie jawna w tym postępowaniu jeszcze przed podpisaniem umowy, jest niezasadne i nieskuteczne. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do jej wyboru czy podpisania umowy (wyrok z dnia 8 czerwca 2016 r., KIO 879/16).

VI. ZASTRZEŻENIE INFORMACJI, A NIE DOKUMENTU

Z przepisu art. 8 ust. 3 PZP jednoznacznie wynika, że możliwe jest zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa tylko co do informacji stanowiących tajemnicę, nie zaś dokumentu, w którym takie informacje mogą być częściowo zawarte. Powyższe potwierdza również utrwalone orzecznictwo KIO (np. wyrok KIO z dnia 20.10.2016, sygn. KIO 1873/16; wyrok KIO z dnia 12.02.2016, sygn. KIO 93/16).

Wykonawcy zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa odnośnie do złożonego przez nich z ofertą załącznika nr 7 do SIWZ, stanowiącego zestaw dokumentów, który obejmuje również parametry techniczne nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. wartości zużycia energii

elektrycznej, informacje o systemie utrzymania pojazdu, o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych, o zastosowaniu sprężarki suchej oraz masie pojazdu. W ocenie Odwołującego te konkretne parametry, sprowadzające się do kilkunastu liczb, nieujawnione w ofertach Wykonawców, nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa i powinny zostać ujawnione.

Zastrzeżenie przez Wykonawców całego zestawu dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli znajdują się w nim informacje różnej wagi, w tym także pojedyncze parametry nie posiadające cechy tajemnicy, jest działaniem nie znajdującym uzasadnienia w przepisach PZP i nie podlega tym samym ochronie.

W takiej sytuacji, Zamawiający ze względu na priorytet zasady jawności, nie może chronić całego zestawu dokumentów i tym samym powinien udostępnić informacje nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa.

VII. UZASADNIENIE ZASTRZEŻENIA TAJEMNICY

Wykonawcy Alstom, Škoda i Stadler objęli tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty.

W ocenie Odwołującego, utajnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma na celu wyłącznie utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji oferty danego wykonawcy i nie spełnia przesłanek uznania tego typu informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Praktyka zastrzegania uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa pokazuje, że jeżeli zawiera ono informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa, to wykonawca dzieli takie uzasadnienie na część jawną i tajną.

Trudno wyobrazić sobie sytuację, że całość uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera informacje chronione prawem. Żeby skutecznie zastrzec uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy wykazać już w samym uzasadnieniu np. zawarcie umowy z klientem, w której zastrzega on nieinformowanie o tym, że doszło do współpracy tych dwóch podmiotów. Ale nawet w takim wypadku informacją chronioną może być tylko nazwa tego kontrahenta.

Zamawiający, odmawiając Odwołującemu wglądu w uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wymienionych Wykonawców, praktycznie uniemożliwia Odwołującemu realizację jego uprawnień ochronnych. Nie można bowiem zweryfikować kwestii ujęcia określonych informacji jako zastrzeżonych, jeżeli samo uzasadnienie, które powinno wykazać prawidłowość tej czynności, jest również zastrzeżone.

Natomiast, zgodnie z art. 8 ust. 3 PZP do skutecznego objęcia konkretnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa niezbędne jest nie tylko zastrzeżenie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ale również wykazanie, że przedmiotowe dane w istocie tego typu informację stanowią. 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 uzasadnienia bez uszczerbku dla sytuacji danego podmiotu w postępowaniu, (wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2012 r., KIO 2609/12).

Dlatego Odwołujący wnosi o odtajnienie tej części informacji z uzasadnienia, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

VIII. ZUŻYCIE ENERGII

Wartość zużycia energii pojazdu obciążonego nominalnie nie może być utajniona skutecznie, gdyż jest ona jedynie wartością wynikową wynikającą z odpowiedniego doboru konstrukcji pojazdu.

Nie ujawnia ona zatem ani jak został skonstruowany i wykonany pojazd, ani jakie technologie zostały wykorzystane do wytworzenia i do budowy pojazdu, w szczególności o jakich charakterystykach sprawności energetycznej, ani jakie zastosowano algorytmy sterowania pojazdem.

Nie można na podstawie znajomości samego parametru wartości zużycia energii dla danego odcinka referencyjnego, odtworzyć szczegółów konstrukcyjnych danego pojazdu.

Tym samym, wykonawca nie może ponieść szkody w wyniku ujawnienia takiego parametru - taka informacja nie posiada cech chronionych przez przepisy UZNK.

A zatem, żaden z Wykonawców nie mógł skutecznie zastrzec informacji o zużyciu energii pojazdu w swojej ofercie.

Przy tym, z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy CAF wynika wprost, że nie zastrzegł on informacji o zużyciu energii, ale próbował zastrzec informacje o doborze parametrów i dopiero taka optymalizacja została przez CAF określona jako kosztowna, co przekłada się na wartość gospodarczą tej zbiorczej informacji. Z uzasadnienia nie wynika zatem, żeby sama informacja o zużyciu energii została zastrzeżona i miała wartość gospodarczą.

Ponadto, jak już wspomniano, informacja o zużyciu energii nie powinna zostać zastrzeżona jako tajemnica w tym postępowaniu, gdyż będzie ona jawna z momentem dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i ogłoszenia punktów przyznanych za dane kryterium.

IX. INFORMACJE O SYSTEMIE UTRZYMANIA POJAZDU

Użytkownicy taboru kolejowego publikują w raportach rocznych informacje o okresach międzyprzeładowych i przebiegach międzynaprawczych taboru. Informacje takie publikuje m.in. Zamawiający w odniesieniu do wszystkich użytkowanych przez siebie rodzajów wagonów.

Jednocześnie, schemat cyklu przeglądowo-naprawczego jest traktowany przez Zamawiającego jako jawny na etapie realizacji umowy, chociażby z uwagi na powszechną praktykę przewoźników kolejowych, w tym również Metra Warszawskiego, ogłaszania postępowania przetargowego na wykonanie poszczególnych poziomów utrzymania.

Przy tym, schemat cyklu przeglądowo-naprawczego jest informacją cząstkową i nie umożliwia w żaden sposób określenia jak został skonstruowany i wykonany pojazd, ani jakie technologie zostały wykorzystane do wytworzenia i budowy pojazdu.

Tym samym, zastrzeżenie przez Wykonawców schematu cyklu przeglądowo- naprawczego pojazdu, jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieskuteczne.

Dodatkowo, również z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy CAF wynika, że nie zastrzegł on informacji o systemie utrzymania pojazdu, a jedynie próbował zastrzec zbiór parametrów jako całość, z którego może wynikać zastosowane rozwiązanie tzn., że uważa on niezasadnie, że na podstawie informacji o przebiegu wagonu pomiędzy jego przeglądami można odtworzyć dane stanowiące tajemnicę, np. o zastosowanej technologii.

Jednocześnie, jak już wspomniano wcześniej, informacja o systemie utrzymania pojazdu nie powinna zostać zastrzeżona jako tajemnica w tym postępowaniu, gdyż będzie ona jawna z

momentem dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i ogłoszenia punktów przyznanych za dane kryterium.

X. INFORMACJA O WYSTĘPOWANIU ZAMKNIĘTEGO ŁOŻYSKOWANIA ZESTAWÓW KOŁOWYCH/ZASTOSOWANIU SPRĘŻARKI SUCHEJ

Podstawowy rodzaj zastosowanej sprężarki (olejowa, bezolejowa, sucha) nie może być skutecznie utajniony, ponieważ Metro Warszawskie w czasie eksploatacji będzie musiało nabywać odpowiednie materiały eksploatacyjne w postępowaniach przetargowych. Tym samym podstawowy rodzaj zastosowanej sprężarki będzie znany publicznie.

Jednocześnie nawet znajomość dokładnego rodzaju materiałów eksploatacyjnych (stosowanego płynu) nie pozwala na jednoznaczne wskazanie, jaki dokładnie typ sprężarki od jakiego poddostawcy znalazł zastosowanie w danym pojeździe. Tym bardziej nie jest możliwe odtworzenie szczegółów konstrukcyjnych i zastosowanej inżynierii materiałowej, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do łożysk, podstawowy typ zastosowanych łożysk zestawów kołowych nie może być skutecznie utajniony, ponieważ łożyska zestawów kołowych są elementami widocznymi i można na etapie realizacji umowy określić, czy zastosowane są łożyska szczelne czy nie.

Dodatkowo Zamawiający, podobnie jak inni przewoźnicy kolejowi, zleca naprawy zestawów kołowych podmiotom trzecim wraz z udostępnieniem wielu szczegółów konstrukcyjnych dużo bardziej istotnych niż tylko sama deklaracja zastosowania zamkniętych łożysk zestawów kołowych.

Z powyższych względów, Wykonawcy nie mogli skutecznie zastrzec informacji o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych ani informacji o zastosowaniu sprężarki suchej jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przy tym, z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy CAF wynika, że nie zastrzegł on informacji o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych ani o zastosowaniu sprężarki suchej, a jedynie próbował zastrzec zbiór parametrów jako całość, z którego może wynikać zastosowane rozwiązanie.

Ponadto, jak już wspomniano, informacja o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych oraz o zastosowaniu sprężarki suchej nie powinna zostać zastrzeżona jako tajemnica w tym postępowaniu, gdyż będzie ona jawna z momentem dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i ogłoszenia punktów przyznanych za dane kryterium.

XI. MASA

W treści SIWZ w Załączniku nr 1 do SIWZ „Wymagania techniczne dla taboru Metra Warszawskiego Sp. z o.o. dla I i II linii metra, w pkt. 9 Pudło wagonu lit. d) (str. 25) Zamawiający przewidział, że oznaczenia pudła wagonu musi zawierać m.in. informację o masie wagonu. Te dane będą zatem dostępne i widoczne dla ogółu. Z masy wagonu, prostym równaniem można obliczyć masę pojazdu.

Składając oferty w niniejszym Postępowaniu Wykonawcy zobowiązali się dostarczyć pojazdy zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, a zatem do dostawy wagonów, na których znajdują się oznaczenia masy. Brak takiego oznaczenia równałoby się niezgodności z wymaganiami zawartymi w SIWZ, a zatem oferta musiałaby podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP. Nie można zatem przyjąć, że Wykonawcy

podjęli niezbędne działania w celu zachowania w poufności informacji o masie pojazdu/wagonu.

Ponadto, dane o masie pojazdu są zawarte w świadectwach dopuszczenia pojazdu do eksploatacji. Przedmiotowe świadectwa są z kolei dostępne publicznie na stronach Urzędu Transportu Kolejowego. Wykonawca, który będzie realizował niniejsze Zamówienie, ma obowiązek uzyskania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji pojazdu, a zatem dane dotyczące masy pojazdu będą również dostępne publicznie tą drogą.

Przy tym, z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy CAF nie wynika, żeby informacja o masie pociągu stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym miała wartość gospodarczą oraz w stosunku do tej informacji dokonano niezbędnych działań w celu zachowania jej poufności.

Z powyższych względów nie można uznać, że informacje o masie pojazdu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ nie zostały wypełnione przesłanki z art. 11 ust. 4 UZNK.

Dlatego też zgodnie z art. 8 ust. 1-3 PZP, informacje o masie pojazdów oferowanych przez każdego z Wykonawców powinny zostać ujawnione.

PODSUMOWANIE

W ocenie Odwołującego Wykonawcy nie podolali wynikającemu z art. 8 ust. 3 PZP ciężarowi wykazania ziszczenia się przesłanek kwalifikacji informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK.

Wykonawcy nie wykazali, w szczególności, i nie mogli wykazać - ze względu na charakter i specyfikę danych informacji - że informacje, o których odtajnienie wnosi Odwołujący, miały charakter informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych lub handlowych posiadających wartość gospodarczą dla Wykonawców oraz, że informacje te nie zostały i nie zostaną podane do publicznej wiadomości i że Wykonawcy podjęli niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Biorąc pod uwagę przedstawione wyżej argumenty wnosimy o uwzględnienie odwołania.

ZAMAWIAJACY

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO

na odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Siemens Sp. z o.o. w Warszawie, Siemens Aktiengesellschaft Österreich w Wiedniu, Newag S.A. w Nowym Sączu

Zamawiający: Metro Warszawskie Sp. z o.o. –

związku z odwołaniem wniesionym przez Odwołującego: Konsorcjum Firm Siemens Sp. z o.o. w Warszawie, Siemens Aktiengesellschaft Österreich w Wiedniu, Newag S.A. w Nowym Sączu, „na zaniechanie przez Zamawiającego ujawnienia i udostępnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w ofertach złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa 37+8 sześciowagonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu pasażerów na I i II linii metra w Warszawie”, mimo, iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa” - uwzględnia odwołanie w części i jest gotowy do odtajnienia (ujawnienia) niżej wymienionych informacji zastrzeżonych, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, przez następujących Wykonawców w złożonych ofertach:

1. Alstom Konstal S.A.:

- a) oświadczenie Wykonawcy umieszczone na str. 410 oferty;
- b) informację o masie pociągu obciążonego nominalnie - poz. 2 na str. 149 oferty;
- c) informacje dotyczące zużycia energii pociągu obciążonego nominalnie: tam E+Er, z powrotem: E+Er - poz. 7 na str. 150 oferty;
- d) informacje: „System utrzymania pojazdu”, bez lat określających częstotliwość przeglądu, umieszczone na str. 159 oferty;
- e) informację o zastosowaniu sprężarki suchej, umieszczonej na str. 162 oferty;
- f) informację o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych, umieszczonej na str. 171 oferty.

2. Konsorcjum Firm: Skoda Transportation a.s. w Pilźnie i Skoda Vagonka a.s. w Ostrawie:

- a) uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, umieszczone na str. 79 - 81 oferty - czyli bez Załącznika Nr 1 załączonego do uzasadnienia;
- b) informację o masie pociągu obciążonego nominalnie - poz. 2 na str. 85 oferty;
- c) informacje dotyczące zużycia energii pociągu obciążonego nominalnie: tam E+Er, z powrotem: E+Er - poz. 7 na str. 86 oferty;
- d) informacje: „Schemat cyklu przeglądowo - naprawczego ”, bez lat określających częstotliwość przeglądu, umieszczone na str. 94 oferty;
- e) informację o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych, umieszczonej na str. 98 oferty;
- f) informację o zastosowaniu sprężarki suchej, wynikającą z danych umieszczonych na str. 105 oferty.

3. Stadler Polska Sp. z o.o. w Siedlcach:

- a) oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, umieszczone na str. 42 - 55 oferty - czyli bez załączników załączonych do oświadczenia;
- b) informację o masie pociągu obciążonego nominalnie - poz. 2 na str. 87 oferty;
- c) informacje dotyczące zużycia energii pociągu obciążonego nominalnie: tam E+Er, z powrotem: E+Er - poz. 7 na str. 88 oferty;
- d) informacje: „Schemat cyklu przeglądowo - naprawczego ”, bez lat określających częstotliwość przeglądu, umieszczone na str. 97 oferty;
- e) informację o zastosowaniu sprężarki suchej, umieszczonej na str. 99 oferty;
- f) informację o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych, umieszczonej na str. 103 oferty;

4. Construcciones y Auxillar de Ferrocarriles S.A. (CAF):

- a) informację o masie pociągu obciążonego nominalnie - poz. 2 na str. 0147 oferty;

- b) informacje dotyczące zużycia energii pociągu obciążonego nominalnie: tam E+Er, z powrotem: E+Er - poz. 7 na str. 0148 oferty;
- c) informacje dotyczące systemu utrzymania pojazdu - „Wstępny Plan Utrzymania”, umieszczone na str. 0161 oferty;
- d) informację o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych, wynikającą z rysunku umieszczonego na str. 0168 oferty;
- e) informację o zastosowaniu sprężarki suchej, wynikającą z rysunku umieszczonego na str. 0171 oferty.

5. Konsorcjum Firm Siemens Sp. z o.o. w Warszawie, Siemens Aktiengesellschaft Österreich w Wiedniu, Newag S.A. w Nowym Sączu: informację o masie pociągu obciążonego nominalnie - poz. 2 na str. 0204 oferty. A to co

UZASADNIENIE

Odwołujący Konsorcjum Firm Siemens Sp. z o.o. w Warszawie, Siemens Aktiengesellschaft Österreich w Wiedniu, Newag S.A. w Nowym Sączu w odwołaniu z dnia 17 listopada 2017r. zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie: art. 8 ust. 1, 2 i 3 w związku z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą Pzp”) oraz w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez:

- zaniechanie ujawnienia wskazanych w odwołaniu informacji zawartych w treści ofert wskazanych w odwołaniu Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

- uznanie, że informacje wskazane w odwołaniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wskazanych w odwołaniu Wykonawców, podczas gdy informacje te, z uwagi na ich treść, nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa;

- uznanie, że informacje wskazane w odwołaniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

wskazanych w odwołaniu Wykonawców, podczas gdy Wykonawcy w uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazali wartości gospodarczej informacji ani faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności tych zastrzeżonych informacji.

Odwołujący wnosi w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia oświadczeń o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z wykazaniem (uzasadnieniem) tajemnicy przedsiębiorstwa, a także odtajnienia następujących informacji zawartych w ofertach czterech Wykonawców: Construcciones y Auxillar de Ferrocarriles S.A. (CAF); Konsorcjum Firm Siemens Sp. z o.o. w Warszawie, Siemens Aktiengesellschaft Österreich w Wiedniu, Newag S.A. w Nowym Sączu; Stadler Polska Sp. z o.o. w Siedlcach oraz Konsorcjum Firm: Skoda Transportation a.s. w Pilźnie i Skoda Vagonka a.s. w Ostrawie: wartości zużycia energii elektrycznej (tam i z powrotem E+Er oraz średnia arytmetyczna), informacji o systemie utrzymania pojazdu, informacji o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych, informacji o zastosowaniu sprężarki suchej - stanowiące parametry, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert określonych w pkt. 12 SIWZ - oraz masy pojazdu. Jak Odwołujący podniósł w uzasadnieniu odwołania, „w ramach tego odwołania Odwołujący wnosi o odtajnienie tylko pięciu rodzajów informacji zawartych w ofertach Wykonawców, które mają postać konkretnych liczb w postaci parametrów technicznych lub jednoznacznej deklaracji (tak/nie), z których cztery są parametrami

ocenianymi w ramach kryteriów oceny ofert. Zakres odwołania jest zatem ograniczony tylko do kilku wskazanych precyzyjnie informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie mogą być skutecznie zastrzeżone przez Wykonawców. Wynika to ze względu na naturę tych informacji oraz z uwagi na to, że zostaną ujawnione przez Zamawiającego w toku postępowania lub w toku wykonania umowy.”.

Wykonawca Stadler Polska Sp. z o.o., Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Skoda Transportation a.s. w Pilźnie i Skoda Vagonka a.s. w Ostrawie oraz Wykonawca Construcciones y Auxillar de Ferrocarriles S.A. (CAF), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Stadler Polska Sp. z o.o. i Construcciones y Auxillar de Ferrocarriles S.A. (CAF) wnoszą o oddalenie odwołania, natomiast Konsorcjum Firm: Skoda Transportation a.s. w Pilźnie i Skoda Vagonka a.s. w Ostrawie wnosi „o oddalenie odwołania w części zarzutów dotyczących Przystępującego”. Przystępujący do odwołania nie odnieśli się jednak do zarzutów i twierdzeń przedstawionych przez Odwołującego w odwołaniu. Podnieśli jedynie, iż odtajnienie wskazanych w odwołaniu informacji naruszy interes Przystępujących i naraziłoby ich na powstanie niepowetowanej szkody, ponieważ informacje te posiadają dla Przystępujących wartość gospodarczą.

Zamawiający, biorąc pod uwagę zakres informacji zastrzeżonych przez Wykonawców oraz wyjaśnienia i uzasadnienie dotyczące wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, złożone przez Wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także biorąc pod uwagę zarzuty przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu, jest gotów odtajnić (ujawnić) większość informacji, których odtajnienia domaga się Odwołujący, zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawców. Dotyczy to oświadczeń o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z wykazaniem (uzasadnieniem) tajemnicy przedsiębiorstwa, zastrzeżonych przez niżej wymienionych Wykonawców, w

pełnym zakresie w przypadku oświadczenia złożonych i zastrzeżonego przez Alstom Konstal S.A. Natomiast w przypadku oświadczenia złożonego i zastrzeżonego przez Stadler Polska Sp. z o.o. oraz uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego i zastrzeżonego przez Konsorcjum Firm: Skoda Transportation a.s. w Pilźnie i Skoda Vagonka a.s. w Ostrawie, Zamawiający jest gotów je odtajnić z wyłączeniem załączonych do nich załączników.

Jak bowiem uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 maja 2015r., sygn. akt: 863/15, iż „jakkolwiek nie można a limine wykluczyć okoliczności, na którą zwracał uwagę Zamawiający, że wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia określonych informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być nieodłącznie związane z zastrzeżonymi informacjami, tym niemniej - zdaniem składu orzekającego - opisana praktyka jest przez wykonawców nadużywana, czego przykładem jest właśnie przedmiotowa sprawa. Składane zamawiającym wyjaśnienia mające stanowić wypełnienie przesłanki znowelizowanego przepisu art. 8 ust. 3 P.z.p., zgodnie z którą konieczne jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, niejednokrotnie przybierają postać teoretycznych wywodów dotyczących przepisu art. 11 ust. 4 Znk, popartych obszernym przeglądem stanowisk doktryny i orzecznictwa. Nawet, jeśli w treści wyjaśnień znajduje się szczegółowe odniesienie do przesłanek określonych w przywołanym przepisie (przykładowo, do przesłanki związanej z podjęciem przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji), to ich ziszczenie się wykazywane jest przez odwołanie do typowej, powszechnie znanej argumentacji (w podanym przykładzie - przez przywołanie standardowych sposobów ochrony informacji). Nie może ulegać przy tym wątpliwości, że zasadność zastrzeżenia wyjaśnień należy oceniać przede wszystkim w kontekście ich treści, nie zaś na podstawie obserwacji funkcjonującej na rynku zamówień publicznych praktyki, tym niemniej do opisywanego zjawiska należy podchodzić ze

szczególną ostrożnością, mając chociażby na uwadze okoliczność, że informacje zawarte w wyjaśnieniach również muszą spełniać przesłanki określone w przepisie art. 11 ust. 4 Znk, a ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na przedsiębiorcy dokonującym ich zastrzeżenia. Co więcej, interpretując literalnie przepis art. 8 ust. 3 P.z.p. należałoby dojść do kuriozalnego wniosku, że chcąc zastrzec także treść samych wyjaśnień, wykonawca powinien przedstawić do nich kolejne wyjaśnienie.”.

Zdaniem Zamawiającego, można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż informacje znajdujące się w oświadczeniach (uzasadnieniach) Wykonawców (z wyłączeniem załączników), którzy je zastrzegli jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wynika to z ich treści, same oświadczenia nie zawierają bowiem informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności - a Wykonawcy nie wykazali, że zastrzeżone w oświadczeniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast można uznać, iż takie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zawierają załączniki do oświadczeń Wykonawców: Stadler Polska Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Firm: Skoda Transportation a.s. w Pilźnie i Skoda Vagonka a.s. w Ostrawie. Są to bowiem dokumenty „wewnętrzne” Wykonawców zawierające informacje organizacyjne, przekazywane jedynie pracownikom i określonej grupie kontrahentów.

Zamawiający jest gotów odtajnić również wyżej wymienione informacje zastrzeżone przez Wykonawców, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, których odtajnienia domaga się Odwołujący w odwołaniu. Są to bowiem informacje niezbędne do dokonania oceny ofert na podstawie kryteriów oceny ofert, które zostaną ujawnione przez Zamawiającego w toku postępowania lub w toku wykonania umowy. Do-tyczą one danych, które mają postać konkretnych liczb w postaci parametrów technicznych lub jednoznacznej deklaracji (tak/nie), na podstawie których Zamawiający będzie dokonywał wyliczeń punktów w ramach poszczególnych kryteriów oceny, a także np. masy pojazdu - czyli informacji, które będą powszechnie dostępne w trakcie wykonywania umowy.

Można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż przedmiotowe informacje, które Zamawiający jest gotów odtajnić, trudno uznać za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie są to bowiem informacje techniczne i technologiczne posiadające wartość gospodarczą dla Wykonawców, którzy te informacje zastrzegli, a więc nie są to informacje o specyficznych rozwiązaniach technicznych i technologicznych opracowane przez Wykonawcę i posiadające wartość gospodarczą.

W piśmiennictwie i orzecznictwie przyjęto, iż ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest wyjątkiem od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, która jest jedną z fundamentalnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do tych informacji może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. „Przez zasadę jawności należy rozumieć dostęp wszystkich zainteresowanych podmiotów i osób do szeroko rozumianej dokumentacji postępowania w celu umożliwienia śledzenia przebiegu tej procedury i ewentualnej weryfikacji poprawności dokonanych czynności, w tym w szczególności w drodze środków ochrony prawnej. Zasada ta winna umożliwiać przede wszystkim identyfikację wymagań podmiotu zamawiającego, umożliwiać adekwatną przewidywalność działań poszczególnych uczestników procedury, dawać możliwość prześledzenia poszczególnych sekwencji czynności przedsięwziętych przez jej uczestników od momentu zainicjowania każdego z procesów, aż do jego identyfikowalnego wyniku.” (P.

Trojan - Zasada jawności postępowania - Zamawiający 2016/16/51-57). „Uprawnienie do zastrzegania informacji i dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa nie może służyć jako narzędzie uniemożliwiające innym wykonawcom konkurencyjnych ofert zapoznanie się z treścią dokumentów. Takiego rodzaju sytuacje [...] powinny być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkody w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością.” (A. Gilowska - Zmiany dotyczące utajniania informacji i dokumentów - Zam. Pub. Dor. 2016/6/21- 28). Jak wynika z treści uzasadnienia do projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (nowelizacja z dnia 29 sierpnia 2014r. Dz.U. z 2014r. poz. 1232), „słuszny w swym założeniu przepis (przyp. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne.”. Natomiast Urząd Zamówień Publicznych w piśmie „Czy informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa ?”, wskazał, iż „artykuł 8 ust. 3 ustawy Pzp ma na celu ograniczenie stosowania przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie z zamiarem utrudnienia dostępu do treści oferty innym wykonawcom

Zamawiający ma obowiązek ujawnienia (odtajnienia) informacji zastrzeżonych przez wykonawcę, które ze swojej istoty tajemnicą przedsiębiorstwa nie są.”. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 października 2016r., sygn. akt: 1835/16, stwierdziła, iż „Wykonawca, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winni liczyć się z faktem, iż ich oferty i udzielane w toku postępowania wyjaśnienia będą co do zasady jawne, w szczególności w zakresie, w jakim podlegają one ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego czy też ocenie w kryteriach oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego.”. Również w wyroku z dnia 15 września 2008r., sygn. akt: KIO/UZP 908/08, Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, iż „zasada jawności jest podstawową zasadą zamówień publicznych i wyjątki od niej powinny być odpowiednio uzasadnione. Wykonawca występujący na rynku zamówień publicznych powinien mieć świadomość, że jego oferta w zakresie, jaki będzie badany w ramach kryteriów oceny ofert powinna być jawna dla wszystkich wykonawców. (...) Tajemnica przedsiębiorstwa nie ma charakteru etapowego tzn. nie może być tajemnicą tylko na etapie oceny ofert, a w momencie dołączenia jej do umowy stracić przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa.”.

W tym stanie rzeczy, biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający uwzględnia odwołanie w przeważającej części i jest gotowy do odtajnienia większości informacji, których ujawnienia domaga się Odwołujący, zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawców.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że odpis niniejszej odpowiedzi na odwołanie doręczył Odwołującemu i Przystępującym do postępowania.

Stanowiska przystępujących

W dniu 30 listopada 2017 roku wniesione zostało pismo przystępującego Konsorcjum Skoda Działając w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilźnie (adres: Emila Skody 2922/1, 301 00 Pilzno, Republika Czeska) oraz Skoda Vagonka a.s. z siedzibą w Ostrawie (adres: 1. Maje 3176/102, 70300 Ostrawa) („Przystępujący”), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo z 29 listopada 2017 r., niniejszym podtrzymano stanowisko wyrażone w zgłoszonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego pod sygn. KIO 2421/17 i wniesiono o oddalenie odwołania wniesionego 17 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Siemens Aktiengesellschaft Österreich z siedzibą w Wiedniu oraz Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu („Odwołujący”) w części zarzutów dotyczących Przystępującego jako bezzasadnego.

Według Przystępującego, przedstawione przez Odwołującego zarzuty, a w konsekwencji i wnioski Odwołującego są chybione i nie znajdują podstaw w stanie faktycznym sprawy. W konsekwencji nie zasługują na uwzględnienie z opisanych w treści uzasadnienia niniejszego pisma powodów.

UZASADNIENIE

1.1. Przede wszystkim należy zauważyć, że z przepisów dotyczących zamówień publicznych, tak krajowych jak i unijnych, nie sposób wywieść prymatu zasady jawności nad zasadą ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

1.2. Zasadniczym celem tych regulacji jest zapewnienie możliwie szerokiej konkurencji.

1.3. Jednym z istotnych elementów systemu jest zapewnienie wykonawcom uczestniczącym w procedurach przetargowych możliwie daleko idącej ochrony przekazywanych przez nich informacji, szczególnie gdy dotyczą one ich tajemnicy przedsiębiorstwa.

1.4. Jednoznacznie wskazuje na to orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a w szczególności wyrok z 14 lutego 2008 r. w sprawie C-450/06 Varec oraz wyrok z 13 lipca 2006 r. w sprawie C-438/04 Mobistar. Podkreślić bowiem należy, iż w orzeczeniu Varec Trybunał stwierdził, iż „podstawowy cel przepisów wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych obejmuje otwarcie rynków we wszystkich państwach członkowskich na niezakłóconą konkurencję (...). Aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały informacji związanych z postępowaniami przetargowymi, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Ponadto zarówno ze względu na swój charakter, jak i zgodnie z systemem regulacji wspólnotowych w omawianej dziedzinie postępowania w sprawie udzielenia zamówień publicznych oparte są na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a uczestniczącymi w nich podmiotami gospodarczymi. Podmioty te powinny móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach postępowania przetargowego, bez obawy, że instytucje te prześlą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonemu podmiotom szkody”.

1.5. Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika więc, iż w świetle prawa unijnego jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma charakteru absolutnego. Ponadto w celu zapewnienia niezakłóconej konkurencji rynkowej, ochrony zaufania pomiędzy kontrahentami oraz utrzymania w poufności informacji mających dla wykonawców określone znaczenie gospodarcze, zamawiający jest zobowiązany do nieujawniania danych, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

1.6. Te same zasady obowiązują na gruncie przepisów krajowych.

1.7. Przechodząc na grunt przepisów Prawa zamówień publicznych („PZP”), należy stwierdzić, że, co do zasady, zarzut odwołania odnoszący się do wniosku Przystępującego opiera się na rzekomym naruszeniu przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 PZP w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK”).

1.8. Zgodnie z przywołanym art. 11 ust. 4 UZNK, aby dana informacja została skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa powinna być to informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inna informacja posiadająca wartość gospodarczą, która ponadto powinna spełniać łącznie następujące przesłanki:

1.8.1. w zakresie nieujawniania informacji do wiadomości publicznej - informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostały udostępnione jakimkolwiek nieuprawnionemu do tego podmiotowi,

1.8.2. w zakresie podjętych przez przedsiębiorcę środków - wykonawca zobowiązany jest wykazać, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

1.9. Bliższa analiza wskazanych powyżej dwóch elementów uprawnia do twierdzenia, że w zasadzie da się je sprowadzić do jednego wspólnego mianownika, tj. poufności. Jeżeli bowiem przedsiębiorca nie podjął działań w celu zabezpieczenia poufności, to dana informacja nie jest poufna, skoro każdy może mieć do niej dostęp.

1.10. W rezultacie, można powiedzieć, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi poufna informacja posiadająca wartość gospodarczą, a w szczególności informacja techniczna, technologiczna lub organizacyjna .

1.11. Tymczasem, biorąc pod uwagę treść odwołania, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że Odwołujący zdaje się nie kwestionować skuteczności wykazania przez Przystępującego podjęcia odpowiednich działań w celu zabezpieczenia poufności zastrzeżonych informacji.

Innymi słowy, Odwołujący podnosi jedynie, że informacje, których ujawnienia się domaga, w ogóle nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, z uwagi na brak możliwości poniesienia przez wykonawców szkody wskutek ich ujawnienia.

1.12. W szczególności, Odwołujący wskazuje, że cztery spośród pięciu danych, o których ujawnienie wnosi, tj. zużycie energii, informacje o systemie utrzymania pojazdu, informacje o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych oraz informacje o zastosowaniu sprężarki suchej, stanowią kryteria oceny ofert zgodnie z pkt. 12 SIWZ obowiązującej w Postępowaniu.

1.13. W dalszej kolejności Odwołujący zauważa, że wskazane powyżej informacje w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej zostaną przez Zamawiającego ujawnione na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 PZP poprzez wskazanie punktacji za dane kryterium. Zdaniem Odwołującego, oznacza to, że „na podstawie tych informacji wykonawcy będą mogli w drodze prostego matematycznego działania wyliczyć, jakie były parametry żądanych informacji dla każdego z wykonawców”, a w konsekwencji - że zastrzeżenie wskazanych informacji jest niezasadne i nieskuteczne.

1.14. Przystępujący nie zgadza się z takim stanowiskiem i wskazuje co następuje.

1.15. Przede wszystkim należy wskazać, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 PZP ujawnieniu podlega jedynie punktacja w ramach kryterium oceny ofert, a nie dane potrzebne do jej ustalenia. Nie jest zatem prawdą, jakoby wykonawcy mogli w

drodze prostego matematycznego działania wyliczyć, jakie były parametry żądanych informacji dla każdego z wykonawców. To byłoby ewentualnie możliwe w przypadku kryterium „ekologia” i to też w ograniczonym zakresie, tj. w przypadku uzyskania 4 pkt lub 0 pkt.

- 1.16. Niezależnie od powyższego należy zaznaczyć, że niezrozumiałe jest stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym dane punktowane w ramach kryteriów oceny ofert nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Z art. 86 ust. 4 PZP wynika bowiem wprost, że Wykonawca nie może zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa następujących informacji: nazwa i adres wykonawcy, informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunki, płatności zawarte w ofercie. Katalog ten nie obejmuje zaś informacji dotyczących pozacenowych kryteriów oceny ofert. Należy więc uznać, że możliwe jest ich zastrzeżenie na zasadach ogólnych, wynikających z art. 8 ust. 3 PZP.
- 1.17. Odwołujący wskazuje jakoby informacje nieujawnione będą powszechnie dostępne na etapie realizacji umowy, czy to dlatego, że niektóre elementy (np. łożyska zestawów kołowych, czy masa) mają być widoczne, czy też dlatego, że Zamawiający będzie zlecał naprawy lub inne usługi podmiotom trzecim wraz z udostępnieniem wielu szczegółów konstrukcyjnych rzekomo bardziej istotnych niż objęte obecnie ochroną.
- 1.18. Z twierdzeniami takimi trudno się zgodzić z poniższych powodów.
- 1.19. Po pierwsze, to wykonawca decyduje i określa informacje, które uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa a także to do niego należy decyzja czy, kiedy i komu takie informacje mogą zostać przekazane. To oznacza, że jeśli np. mamy do czynienia z elementami widocznymi, to siłą rzeczy zostaną one ujawnione, ale będzie to decyzja wykonawcy, który godzi się na to w sytuacji, gdy wygrywa przetarg i realizuje umowę. Inaczej mówiąc, informacje te przestają być tajemnicą przedsiębiorstwa nie dlatego, że nie mają wartości technicznej, technologicznej lub organizacyjnej, ale dlatego, że (po decyzji wykonawcy) przestają być poufne. To jednak jest wyłączna decyzja wykonawcy. Na etapie postępowania, decyzją wykonawcy jest, aby informacje te pozostały objęte tajemnicą przedsiębiorcy.
- 1.20. Po drugie, w odniesieniu do dopuszczenia podmiotów trzecich do niektórych danych związanych ze świadczonymi przez nich usługami (np. naprawami), to wystarczy wskazać, że zgodnie z art. 138c ust. 1 pkt 1 PZP zamawiający sektorowy (a takim jest Zamawiający) może zobowiązać wykonawców do zachowania poufnego charakteru informacji przekazywanych im w toku postępowania o udzielenie zamówienia. To oznacza, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przez Przystępującego pozostaną takimi (powinny pozostać) nawet, gdy Zamawiający będzie je udostępniał w ramach prowadzonego postępowania (np. na naprawy pojazdów).
- 1.21. Ponadto, należy wskazać, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał się w niniejszym postępowaniu odwoławczym jakąkolwiek inicjatywą dowodową. Zważywszy, że ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z faktów tych wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, brak wykazania tych okoliczności powoduje niemożność uznania takiego zarzutu za uzasadniony. W tym sensie, subiektywna ocena co do tego, że określone informacje nie zasługują na to, by objąć je tajemnicą przedsiębiorstwa nie może stanowić podstawy do wykazania skuteczności podnoszonego zarzutu.
- 1.22. Podsumowując, Przystępujący konsekwentnie podtrzymuje argumentację zawartą w uzasadnieniu dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w niejawniej części oferty złożonej w Postępowaniu.
- 1.23. Z uwagi na całokształt powyższych okoliczności, wnosi jak na wstępie.

30 listopad 2017 rok pismo przystępującego.

PISMO PROCESOWE PRYZSTĘPUJĄCEGO

Działając w imieniu wykonawcy Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. z siedzibą w Beasain w Hiszpanii (dalej jako „Przystępujący”), przystępującego po stronie zamawiającego Metro Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) do postępowania odwoławczego toczącego się wskutek wniesienia odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Siemens sp. z o.o., Siemens Aktiengesellschaft Österreich i Newag S.A. (dalej łącznie jako „Odwołujący”) na zaniechania Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa 37+8 sześciowagonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu pasażerów na I i II linii metra w Warszawie”, nr ref. EH.25.00053.2017.S.P.AGKU, w oparciu o udzielone pełnomocnictwo, niniejszym wnoszę o:

1. oddalenie odwołania:
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego pisma na okoliczności wskazane w uzasadnieniu.

Uzasadnienie

1. Uwagi ogólne

1.1. Wniesione odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W odwołaniu nie przedstawiono w istocie jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie tezy, że zastrzeżone w ofercie Przystępującego informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK”), ograniczając się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń.

1.2. Wyjaśnić zatem należy, że w przypadku oferty Przystępującego wszystkie zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie podlegają udostępnieniu z uwagi na dyspozycję art. 8 ust. 3 PZP. Przystępujący załączył do oferty obszerne wyjaśnienia potwierdzające, że w stosunku do wszystkich zastrzeżonych informacji zostały spełnione przesłanki opisane w art. 11 ust. 4 UZNK, do których nie odniesiono się w treści odwołania, a w szczególności nie wykazano w nim, aby dane te nie miały w istocie wartości gospodarczej, czy też technologicznego, technicznego czy organizacyjnego charakteru, jak i że zostały dotychczas ujawnione.

2. Dopuszczalność zastrzeżenia informacji podlegających ocenie w ramach kryterium oceny ofert

2.1. Po pierwsze, nie można się zgodzić z tezą odwołania, jakoby niedopuszczalne było zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa tych informacji, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Art. 8 ust. 3 PZP wyraźnie bowiem przesądza, że utajnieniu mogą co do zasady podlegać wszystkie informacje z wyjątkiem wiadomości podawanych w trakcie otwarcia ofert, tj. nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności (art. 86 ust. 4 PZP).

2.2. Tym samym zastrzeżenie informacji, takich jak parametry techniczne podlegające ocenie w ramach kryterium oceny ofert, o ile tylko spełniają przesłanki opisane w art. 11 ust. 4 UZNK, powinny być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa i w konsekwencji nieudostępniane innym wykonawcom.

2.3. Potwierdza to zresztą orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „Izba” lub „KIO”). W wyroku z dnia 5 stycznia 2012 r., sygn. KIO 2741/11, KIO wskazała, iż „przepisy ustawy P.z.p. nie wyłączają możliwości zastrzeżenia przez wykonawców, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert w danym postępowaniu. Zatem fakt, że określone informacje techniczne są oceniane w ramach kryteriów oceny ofert nie może mieć decydującego znaczenia dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa”.

2.4. Jednocześnie nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, jakoby „informacje, których odtajnienia żąda Odwołujący, dotyczą kryteriów oceny ofert, a zatem w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej zostaną na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 PZP ujawnione poprzez wskazanie punktacji za dane kryterium. Na podstawie tych informacji wykonawcy będą mogli w drodze prostego matematycznego działania wyliczyć, jakie były parametry żądanych informacji dla każdego z wykonawców”. Nie jest bowiem prawdą, aby informacje zastrzeżone przez Przystępującego tj. informacje dotyczące zużycia energii pociągu, systemu utrzymania pojazdu, o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych oraz o zastosowaniu sprężarki suchej, stanowiące podstawę przyznania punktacji w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, były możliwe do ustalenia w drodze prostego działania matematycznego po ujawnieniu przez Zamawiającego przyznanej punktacji.

2.5. W pkt 12.1 ppkt 2 SIWZ Zamawiający przewidział bowiem, iż punkty z tytułu kryterium nr 2 - zużycie energii elektrycznej - zostaną przyznane po podstawieniu odpowiednich parametrów do wzoru:

$$E [\text{liczba przyznanych punktów} - \text{przyp. Przystępujący}] = (E_m J E_b) * 24 \text{ pkt}$$

W powyższym wzorze wskazano dwa parametry E_m i E_t , których wartości określone były niezależnie przez każdego wykonawcę. Fakt, iż oba te parametry (a nie jeden) zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a więc są innym wykonawcom nieznane, powoduje, że wyłącznie w oparciu o przyznaną przez Zamawiającego punktację nie będzie można wyliczyć „w drodze prostego działania matematycznego”, jak twierdzi Odwołujący, ile wynosi każdy z parametrów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podstawy matematyki nakazują przyjąć, że działanie takie byłoby możliwe wyłącznie w sytuacji, w której do wzoru wystarczyłoby podstawić jeden parametr, co jednak nie ma zastosowania przy obliczaniu punktacji w ramach kryterium nr 2.

2.6. Wbrew twierdzeniom odwołania nie będzie równocześnie możliwe odkodowanie wartości parametrów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa podlegających ocenie w ramach kryterium nr 3 dotyczących systemu utrzymania pojazdu. Zamawiający po wyborze oferty będzie bowiem obowiązany wyłącznie do przekazania informacji o całkowitej przyznanej punktacji w ramach tego kryterium stanowiącej sumę punktów przyznanych w ramach wszystkich 7 podkryteriów. Wynika to wprost z art. 92 ust. 1 PZP, zgodnie z którym „Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając (...) punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.” Zamawiający nie ma więc obowiązku informowania o punktach przyznanych w ramach podkryteriów.

2.7. W konsekwencji, mając na uwadze sposób obliczania punktacji w ramach kryterium nr 3, wobec 7 niewiadomych nie będzie możliwe ustalenie wartości parametrów przyjętych przez wykonawców do obliczeń (maksymalny okres między przeglądami [...] w badanej ofercie) wyłącznie w oparciu o sumaryczną punktację w ramach całego kryterium. Z tych samych względów niemożliwe do ustalenia mogą okazać się wartości składające się na kryterium nr 4 - Ekologia.

2.8. Niezależnie od powyższego w orzecznictwie KIO uznaje się również, że nawet w sytuacji gdy określone informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa będą ujawnione w chwili zawarcia umowy bądź przekazania informacji o wyborze oferty, nie dyskwalifikuje tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy bowiem zwrócić uwagę na fakt, że czas objęcia określonych informacji tajemnicą jest wyłącznie uzależniony od woli uprawnionego przedsiębiorcy, który ma prawo swoją tajemnicą dowolnie dysponować. Może więc zdarzyć się tak, że w interesie przedsiębiorcy leżeć będzie jedynie czasowa ochrona informacji. Powyższa teza została jednoznacznie zaaprobowana w orzecznictwie: „Ocena czy dana informacja techniczna stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa powinna być dokonywana każdorazowo, biorąc pod uwagę konkretne okoliczności faktyczne. Ochrona informacji leży wyłącznie w gestii przedsiębiorcy. (...) Podobnie, w gestii przedsiębiorcy leży decyzja co do czasu, w przeciągu którego dane informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

2.9. Z kolei przywołany odwołaniu wyrok z dnia 8 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 879/16, w istocie nie wskazuje na brak możliwości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, które mogą podlegać w przyszłości ujawnieniu np. w chwili zawarcia umowy, bowiem dotyczył odmiennego stanu faktycznego. W wyroku tym Izba nakazała odtajnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ „Wykonawca na etapie składania ofert nie zastrzegł poufności zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Tym bardziej nie jest uzasadnione zastrzeganie informacji dotyczących tego produktu na etapie badania ofert.” Co więcej, informacje, które miały zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa odnosiły się do rozwiązań funkcjonalnych jednakowych dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie i narzuconych w SIWZ. Z powyższych względów stan faktyczny opisany w uzasadnieniu przywołanego w odwołaniu wyroku całkowicie nie przystaje do stanu faktycznego niniejszego postępowania.

2.10. Argument, jakoby utajnione informacje będące podstawą przyznania punktów miały stawać się jawne zawsze z chwilą ogłoszenia wyników w postępowaniu, jest nietrafny również z tego powodu, że przypadku wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty, dane te również nie zostaną nawet w sposób pośredni upublicznione.

2.11. Nie można się też zgodzić z twierdzeniem, jakoby w przypadku zawarcia umowy o zamówienie publiczne z Przystępującym, niektóre z zastrzeżonych informacji staną się częścią treści umowy o zamówienie publiczne, wobec czego będą podlegać ujawnieniu, a w konsekwencji jakoby z tych względów ochrona takich informacji była bezzasadna.

2.12. Zaznaczyć należy, że elementem przyszłej umowy o zamówienie publiczne staną się tylko informacje zawarte w ofercie wybranej jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji nie będzie to dotyczyło informacji zawartych w we wszystkich pozostałych ofertach, które również po zakończeniu Postępowania nie zostaną w żaden sposób ujawnione w związku z udzieleniem zamówienia. Ponieważ na obecnym etapie wciąż nieznany jest wynik Obecnie jednak oferta każdego z wykonawców z równym prawdopodobieństwem może zostać uznana za najkorzystniejszą.

2.13. Co też istotne, nawet po zakończeniu Postępowania, określone informacje stanowiące będą tajemnicę przedsiębiorstwa, mogą podlegać ochronie na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, zgodnie z którym prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. W odwołaniu pominięto okoliczność, że zgodnie z obowiązującymi przepisami ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa rozciąga się zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i realizacji zamówienia.

2.14. Abstrahując od powyższego, podkreślić należy również, że w niniejszym Postępowaniu wykonawcy konkurują nie tylko ceną (jedynie 50% wagi w kryteriach oceny ofert), ale też parametrami technicznymi oferowanych urządzeń, które są wynikiem przyjętej technologii oraz rozwiązań. Natomiast Odwołujący domaga się nie tylko odtajnienia samych parametrów, lecz wiadomości w szerszym zakresie, a więc w zakresie informacji o masie pociągu, który to parametr nie podlega ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

2.15. Jednocześnie w odwołaniu zarzucono Przystępującemu, jakoby „z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy CAF wynika wprost, że nie zastrzegł on informacji o zużyciu energii, ale próbował zastrzec informacje o doborze parametrów”. Twierdzenie to jest wewnętrznie sprzeczne. Przystępujący wskazał bowiem, iż obejmuje tajemnicą przedsiębiorstwa informacje zawarte w dokumencie (załącznik nr 6 do Oferty stworzony w oparciu o załącznik nr 7 do SIWZ), w którym wskazano parametry niemalże wyłącznie odnoszące się do zużycia prądu. Przystępujący jednocześnie wykazał, iż dokument ten zawiera szczegółowe dane dotyczące konstrukcji oferowanego pojazdu, jego funkcjonalności i rozwiązań technicznych, podzespołów oraz konfiguracji, a zestawienie informacji o zużyciu energii oferowanych pojazdów i ich wzajemnej relacji do siebie może spowodować wypracowanie przewagi konkurencyjnej innych wykonawców w równoległe toczących się postępowaniach przetargowych bądź postępowaniach przyszłych.

2.16. Wypracowanie konkretnych parametrów jest zadaniem pracochłonnym i skomplikowanym. Z kolei zadeklarowanie konkretnych parametrów wymagało wykorzystania gromadzonej przez wiele lat wiedzy i doświadczenia Przystępującego. Utajnienie informacji na etapie toczącego się, nierozstrzygniętego jeszcze postępowania przetargowego jest kluczowe dla zachowania konkurencyjności oferty Przystępującego zarówno w obecnie toczących się, jak i przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienie.

3. Dopuszczalność zastrzeżenia w całości dokumentu stanowiącego załącznik do oferty

3.1. Nie można się również zgodzić z twierdzeniem, że utajnieniu nie może podlegać określony dokument w sytuacji, gdy zawiera w swojej treści tajemnicę przedsiębiorstwa. Otóż powszechnie zdarza się, że dane informacje - wyrwane z kontekstu nadanego przez autora - nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, natomiast ich określone zestawienie nadaje całości określone znaczenie, np. w postaci opisanego przyjętego przez wykonawcę rozwiązania technicznego.

3.2. Potwierdziła to zresztą wielokrotnie Izba, m. in. w wyroku z dnia 5 stycznia 2012 r. KIO 2741/11: „z pewnością pojedynczy parametr wyjęty z załącznika nr 4 nie niesie ze sobą znacznej wartości technicznej, jednak informacje te przedstawione w połączeniu, stanowią uporządkowany zbiór informacji, którego szczegółowa analiza może prowadzić do identyfikacji zastosowanych rozwiązań konstrukcyjnych i technologicznych, a także, jak wskazywali przystępujący - do identyfikacji dostawców. Powzięcie tych informacji przez firmy konkurencyjne może być wykorzystane w celu osłabienia pozycji rynkowej danego przedsiębiorcy. Jak wynika z wyjaśnień złożonych na rozprawie przez odwołującego i przystępujących, na przedmiotowym rynku, z uwagi na jego wąski i specjalistyczny charakter, ochrona informacji technicznych dotyczących wprowadzanych na rynek nowych rozwiązań konstrukcyjnych tramwajów, jest powszechną praktyką. Informacje te są chronione m.in. z tego względu, że w postępowaniach o zamówienia publiczne na tramwaje w przeważającej części zamawiający kierują się przy wyborze oferty najkorzystniejszej oprócz ceny także kryteriami technicznymi. Wysokie nakłady, ponoszone przez producenta na rozwój produktu i opracowanie coraz lepszych rozwiązań konstrukcyjnych, w pełni uzasadniają podejmowane przez przedsiębiorców działania w celu ich ochrony przed ujawnieniem firmom konkurencyjnym”.

3.3. Przyjęcie zaś przeciwnej koncepcji uniemożliwiłoby w istocie skuteczne zastrzeżenie jakiegokolwiek wiadomości stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Każdy bowiem parametr czy użyte sformułowanie, odczytywane osobno, na ogół nie będą samoistnie spełniały przesłanek z art. 11 ust. 4 UZNK, ale właśnie odpowiednie ich zestawienie i nadanie im formy dokumentu (rysunek, opis słowny) powoduje, że właśnie cała treść tego dokumentu - odczytywana łącznie - może być uznana za tajemnicę i na tej podstawie korzystać z ochrony przed ujawnieniem.

3.4. Stanowisko, iż zbiór informacji, a nie indywidualna informacja, ma zwykle dla przedsiębiorcy najistotniejsze znaczenie gospodarcze jednogłośnie jest podzielane w doktrynie i orzecznictwie sądów powszechnych. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że „na tajemnicę przedsiębiorstwa dotyczącą produkcji określonego urządzenia może składać się i zazwyczaj się składa wiedza i doświadczenie, które obejmują cały zespół elementów tworzących proces technologiczno-produkcyjny, w tym rozwiązania konstrukcyjne urządzenia, dokumentację techniczną, sposób (metodę) produkcji, użyte materiały itp. Tajemnicą przedsiębiorstwa jest w takim przypadku cały proces produkcyjny i okoliczność, że jeden z jego elementów, np. konstrukcja urządzenia, jest łatwy do poznania na podstawie informacji powszechnie dostępnych dla osób, które zazwyczaj tym się zajmują, nie pozbawia przedsiębiorcy możliwości objęcia całego procesu poufnością. Na proces taki składa się bowiem wiedza, doświadczenie oraz użyte środki i nakłady, które pozwoliły konkretnemu przedsiębiorcy na wykorzystanie powszechnie dostępnych informacji dotyczących budowy urządzenia i stworzenie, już na podstawie własnych prób i doświadczeń, dokumentacji technicznej, określonego sposobu produkcji, linii technologicznej i użytych materiałów”.

A. Praktyka obejmowania wartości parametrów technicznych jako tajemnicę przedsiębiorstwa

AA. Podkreślić też należy, że z samego braku zastrzeżenia przez Odwołującego określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie można wywodzić, że w przypadku konkurencyjnych wykonawców wiadomości te również powinny podlegać ujawnieniu. Nie przesądzając, jakie przyczyny skłoniły Odwołującego do ujawnienia tych parametrów (być może zostały już ujawnione we wcześniejszym przetargu), wskazać należy, że na przestrzeni ostatnich lat parametry te były konsekwentnie utajniane przez wykonawców, jakkolwiek również podlegały ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

AI. Przystępujący sygnalizuje jednocześnie, że na przestrzeni ostatnich lat parametry techniczne w analogicznych postępowaniach były przez wykonawców konsekwentnie utajniane, jakkolwiek również podlegały ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Przystępujący załącza do niniejszego pisma tabelę ukazującą tendencję do obejmowania wartości parametrów technicznych tajemnicą przedsiębiorstwa. Z przygotowanego zestawienia wprost wynika, iż w ramach 4 postępowań, w których łącznie złożono 15 ofert, jedynie w jednej ofercie parametry te nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

4.3. Praktyka rynkowa jasno zatem dowodzi, że producenci taboru kolejowego konkurują ze sobą oferowaną technologią, a w toczących się postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawniają szczegółów z nią związanych, w tym również w odniesieniu do osiągniętych parametrów, obejmując te informacje ochroną. Natomiast w przypadku, gdy zamawiający premiuje osiągnięcie parametrów w możliwie korzystnym stopniu, to wykonawcy mają prawo oczekiwać, że w przypadku złożenia oferty, dane te - jeżeli stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - nie zostaną ujawnione konkurentom, bowiem w przeciwnym wypadku mogliby w ogóle zrezygnować ze złożenia oferty. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem z zasady jawne, ale ustawodawca dopuszcza od niej wyjątki, które

są podyktowane nie tylko interesem poszczególnych wykonawców, ale też dobrem rynku, na którym oni funkcjonują, bowiem sens dokonywania systematycznych inwestycji w badania i rozwój jest w zdecydowanej mierze uwarunkowany możliwością zachowania w poufności efektów tych działań.

4.4. Przenosząc te spostrzeżenia na grunt niniejszego Postępowania należy zauważyć, że z wyjątkiem Odwołującego wszyscy pozostali wykonawcy zastrzegli te same parametry jako niepodlegające ujawnieniu, dążąc do zachowania w poufności przyjętej technologii jak i informacji na jej temat. Raz jeszcze należy natomiast powtórzyć, że Odwołujący nie wykazał, aby wskazane w jego Odwołaniu informacje zawarte ofercie Przystępującego nie spełniały przesłanek opisanych w art. 11 ust. 4 UZNK, co uzasadniałoby ich odtajnienie.

Z uwagi na powyższe wnosi jak we wstępie

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Odwołanie zostało wniesione w związku z tym, że wykonawcy zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa odnośnie do złożonego przez nich z ofertą załącznika nr 7 do SIWZ w zakresie parametrów technicznych podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert z pkt. 12 SIWZ (str.16-18), tj. zużycie energii elektrycznej, system utrzymania pojazdu, ekologia. W utajnionych przez wykonawców dokumentach znajdowała się także informacja o masie zaoferowanego pojazdu, który to parametr nie podlegał ocenie według kryterium oceny ofert. Tych wyżej wymienionych informacji z dokumentów ofert przystępujących odtajnienia domagał się odwołujący.

Dodatkowo, wykonawcy Alstom, Škoda i Stadler utajнили samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ramach tego odwołania odwołujący wnosi o odtajnienie tylko pięciu rodzajów informacji zawartych w ofertach wykonawców, które mają postać konkretnych liczb w postaci parametrów technicznych lub jednoznacznej deklaracji (tak/nie), z których cztery są parametrami ocenianymi w ramach kryteriów oceny ofert (to jest za wyjątkiem masy).

Prowadzone na rozprawie postępowanie dowodowe i wynikające z niego ustalenia miały wykazać czy zastrzeżone informacje mają cechy tajemnicy przedsiębiorstwa.

I tak zgodnie z art. 11 pkt 4 ustawy UZNK pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do

których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: 1. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inne i posiadające wartość gospodarczą, 2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powszechnie przyjmuje się (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00), że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 PZP 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 być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Od października 2014 roku, w związku ze zmianą PZP, wykonawcy muszą nie tylko zastrzegać tajemnice, ale także ją wykazywać.

Aby dana informacja podlegała ochronie, musi zostać spełniona przesłanka formalna i materialna.

Pierwsza z przesłanek, formalna, jest spełniona, gdy zostanie wykazane, że wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji. Nie wystarczy samo przekonanie podmiotu dysponującego informacją o działalności przedsiębiorcy, że posiadane przez niego dane mają charakter poufny, musi on jeszcze podjąć konkretne działania w celu ochrony poufności.

Przesłanka materialna to obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą tj. dotyczą kwestii, które obiektywnie mogłyby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy. Informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające.

Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i

kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości.

Wykonawca winien wykazać zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatruje on szkody. Wykonawca winien wykazać związek przyczynowo - skutkowy między ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą, a możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona. Określenie konkretnych informacji oraz ciężar dowodu wykazania zasadności zastrzeżenia spoczywa na wykonawcy i to nie później niż z dniem składania ofert.

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego w sprawie w związku z dowodami zgłoszonymi i przedstawionymi na rozprawie przez strony jak i uczestników oraz złożonymi wyjaśnieniami, oświadczeniami pełnomocników stron i uczestników w tym przywołanymi postanowieniami SIWZ, Izba ustaliła następujący stan faktyczny w sprawie.

Odwołujący przedstawił następujące dowody w sprawie na potwierdzenie, że dane które zostały zakryte przez wykonawców są publicznie dostępne albo będą publicznie dostępne.

Składa:

- 1) 1 zestaw wykaz parametrów na 2 kartach wskazujący parametry o których ujawnienie wnioskuje konsorcjum Siemens – Newag obejmujący na 1 karcie: kryterium zużycia energii pociągu obciążonego nominalnie Tam i z powrotem (energia pobrana z sieci i energia oddana do sieci – rekuperacji) w kWh; kryterium systemu utrzymania pojazdu (okres międzyprzeglądowy między przeglądami) w dniach, miesiącach i km; kryterium ekologii (czy zadeklarowano zastosowanie zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych, czy zadeklarowano zastosowanie suchej sprężarki : tak ,nie); masa pojazdu w tonach; na 2 karcie odwołujący przedstawił własne parametry złożonej oferty.
- 2) 2 zestaw który przedstawia możliwość, z informacji wynikających z uzyskanych punktów wg kryteriów oceny ofert obliczenia parametrów, które wykonawcy utajnili w następujących 4 pakietach: pakiet nr 1 – dokument na 2 stronach pod nazwą przykład wstecznego obliczenia parametru na podstawie wyników postępowania, pakiet nr 2 - dokument na 3 stronach, zawiadomienie Metra Warszawskiego z dnia 14.10.2010 r. informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach wykluczonych i informacja o terminie zawarcia umowy, pakiet 3 – dokument SIWZ

zamawiającego na dostawę 35 pojazdów 6 wagonowych metra nr ref EH/250/86/JM/10, na 2 karcie kryterium oceny ofert, pakiet 4 – oferta Skody na dostawę w powyższym postępowaniu na 2 stronach, na 2 stronie dokument przedstawiający parametry punktowane w ramach kryteriów oceny ofert.

- 3) 3 zestaw wskazuje na to, że informacje o okresach przeglądowych oraz przebiegi pomiędzy przeglądami faktyczne od zamawiającego zawiera pakiet 1- wyciąg dokumentów z raportu rocznego 2010 gdzie na stronie raportu 28 przedstawiono plan przeglądowo – remontowy dla poszczególnych typów taboru (przebieg w tys.km.), pakiet 2- raport roczny 2016 karta 36 ukazująca plan przeglądów i remontów dla poszczególnych typów taboru spis treści pojazdy serii 87 tradycyjna konstrukcja pojazdów metra, produkcja sprzed 2000 roku str. 32, 33, 34, 35, 36 przedstawionego raportu,

pakiet 3 - SIWZ nr S/P/250/2014/00102/PAWA na usługę naprawy poziomu 4 utrzymania lokomotywy manewrowej typu 797.8 przedstawia m.i. opis przedmiotu zamówienia pakiet 4 strona tytułowa dokumentacji systemu utrzymania przez producenta CZ LOKO A.S. Ceska Trebowa ze stronami 7, 8, 9, 10, 11, 12 zawiera m.i. normy terminów czasowych między przeglądami i naprawami oraz dokumentację systemu utrzymania a także dokumentację bazową składającą się z warunków technicznych i dokumentacji Techniczno-Ruchowej).

pakiet 4, wyciąg: karta - tytułowa - dokumentacja systemu utrzymania lokomotywa spalinowa 797.8 CZ LOKO a.s. Ceska Trebowa dot. Systemu utrzymania: karta 3, 6, 18 dokumentacji;

pakiet 5, ogłoszenie o zamówieniu nazwa: naprawa główna poziomu P5 oraz modernizacja jednostki napędowej wózków motorowych z uzyskaniem świadectwa dopuszczenia do eksploatacji, ogłoszenie BZP 375842-2014 z 14.11.2014 r. przedmiot zamówienia naprawa główna;

pakiet 6 SIWZ do ww. ogłoszenia naprawa główna poziomu P5 oraz modernizacja jednostki napędowej wózków motorowych z uzyskaniem świadectwa dopuszczenia do eksploatacji z kartami nr 2 i 8 zawierającymi opis przedmiotu zamówienia i załącznikami w tym dokumentację systemu utrzymania a także dokumentację bazową składającą się z warunków technicznych i dokumentacji Techniczno-Ruchowej);

pakiet 7 karta informacyjna do ww. SIWZ naprawa główna poziomu P5 oraz modernizacja jednostki napędowej wózków motorowych z uzyskaniem świadectwa

dopuszczenia do eksploatacji, ogłoszenie BZP 375842-2014 z 14.11.2014 r. str. 1, 2, 6, 7 i 27 karty Informacyjnej ;

4) 4 zestaw na okoliczność, że informacja o łożyskowaniu zestawów kołowych jest jawna

Pakiet 1

p.n. przykład jawności systemu utrzymania pojazdów zawiera 6 kart przykład dla Raportu rocznego z 2010 roku jak również z 2016 roku:

1 karta fragment artykułu dostępnego na stronie internetowej działalność spółki przedstawia przeglądy i remonty pociągów metra, każdy pasażer ma możliwość zobaczenia korpusu maźnicy, gdzie na pokrywach maźnic poddostawcy umieszczają logo swojej firmy. Jest to element widoczny dla każdego pasażera . Dodatkowa prasa branżowa opisując kolejne typy taboru często pokazuje zdjęcia wózka z dobrze widocznymi elementami zestawów kołowych.

2 karta – zdjęcie wózka pociągu Metropolis widoczne maźnice SKF (maźnica służy połączeniu zestawu kołowego do wózka, na niej widnieje logo producenta),

3 karta – strona tytułowa SIWZ na naprawę P5 zestawów kołowych pojazdów Metropolis 98.B,

karta 4 – okładka katalogu jednego z producentów, wskazuje nazwę producenta od którego kupujemy, będzie to widoczne na maźnicy,

karta 5 – przykład znajdowania konkretnego łożyska po jego oznaczeniu,

karta 6 – przykład jawności łożyskowania zestawów kołowych.

Pakiet 2

Artykuł prasowy – 1 karta ze strony internetowej na temat dostarczanych pojazdów dla zamawiającego wraz z 2 zdjęciami obejmujące typ Metropolis oraz typ Inspiro (2 i 3 karta)

Pakiet 3

Obejmuje ogłoszenie 185062-2015 z 22.07.2015 r. BZP na naprawę P5 zestawów kołowych pojazdów Metropolis 98.B

SIWZ strona tytułowa i str. 9 spis załączników

Arkusze przeglądowe – naprawczy załącznik do ww. SIWZ (3 strony) z wskazaniem nazwy łożysk oraz innych danych technicznych

Pakiet 4

Wyciąg z katalogu łożyska toczne producenta NSK Motion i Control karty 1, 2, 3, 4, 5 zawiera rysunek (str. 1), wymiary główne i identyfikacja numerów łożysk (str. 2-5) - wyciąg karty katalogowej producenta

5. 5 zestaw jako przykład jawności typu sprężarki sprężarka (sprężarka służy do wytworzenia sprężonego powietrza do układów hamulcowych) Pakiet 1 Przewodnik po dalszych dokumentach zestawu obejmujący 4 karty – 1 fragment strony 35 raportu rocznego za 2016 rok, 2 fragment str. 6 dokumentacji systemu utrzymania lokomotywy CZ LOKO 797.8, 3 – przykład z dokumentacji technicznej dla postępowania na dostawę płynu ROLI znak Q postępowania EH2500066.2015SEANKR, z tej dokumentacji wynika, że zamawiający zamawia płyn tzn., że sprężarka jest mokra, 4 – parametry naprawcze sprężarki wskazuje to już w trakcie eksploatacji na rodzaj zastosowanej sprężarki.

Pakiet 2

Zawiera 3 karty obejmujące kartę tytułową SIWZ przedmiot zamówienia na dostawę płynu ROLI Q, opis przedmiotu z SIWZ, uzasadnienie z SIWZ wskazujące, że płyn będzie stosowany do konkretnej sprężarki

Pakiet 3

Obejmujący SIWZ do naprawy 30 szt. agregatów sprężarkowych stosowanych do wagonów metra serii 81; zawierający 8 kart – 1 karta tytułowa SIWZ, 2 – str. 8 SIWZ (spis załączników), 3 – specyfikacja techniczna agregatu sprężarkowego (str. 3-8) ta specyfikacja techniczna pokazuje szczegółowe dane techniczne eksploatowanych sprężarek bardziej szczegółowe niż tylko specyfikacja sprężarki.

6. 6 zestaw przykład jawności masy pojazdu

Służy wskazaniu, że informacje dot. jawności masy pojazdów są dostępne publicznie na przykładzie raportu rocznego.

Pakiet 1

Przewodnik dokumentów prezentowanych w tym zestawie zawiera fragment raportu rocznego zamawiającego za 2016 rok str. 35 raportu (karta1 gdzie wskazana jest masa pojazdu), 2 karta dot. postępowań wyżej przywołanych dot. napraw lokomotywy gdzie w SIWZ wskazywane są szczegółowe parametry w tym ciężar lokomotywy, 3, 4 i 5 karty przedstawiono świadectwa wystawione przez UTK na dopuszczenie do eksploatacji typu

pojazdu kolejowego dla Stadler Bussnang A.G. Szwajcaria, Skoda Pilzno Republika Czeska, Siemens Aktiengesellschaft Ostereich Austria, karty 6, 7, 8 świadectwa potwierdzone za zgodności z oryginałem jw. to jest przez odwołującego.

Powyższe dowody wskazują na okoliczność, że informacje które przystępujący utajnili w swoich ofertach są dostępne lub będą dostępne publicznie.

Z kolei przystępujący CAF składa pismo z 30.11.2017 r. na 10 stronach oraz załącznik nr 1 na 8 stronach – historyczne zestawienie wcześniejszych postępowań na dostawę taboru kolejowego wskazujące na utajnienie informacji i braku ich odtajnienia.

Podobnie przystępujący Stadler składa dowody na okoliczność, że dane których ujawnienia domaga się odwołujący w poprzednich postępowaniach, były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, – wyciągi z naszych ofert, formularze ofertowe. Pełnomocnik radca prawny oświadcza, że w dotychczasowych postępowaniach Stadler utajnia informacje dot. masy eksploatacyjnej oraz zużycia energii elektrycznej na dowód str. 19 i 20 przedstawionego dowodu. Oświadcza, że ta formuła zastrzeżenia nigdy nie jest kwestionowana przez zamawiającego, i też podkreśla, że właśnie w tych postępowaniach ze str. 19 i 2 tego dowodu występował członek konsorcjum odwołującego Newag i te informacje zastrzegł i nikt mu nie uchylał.

Powyższe okoliczności wykazywane przez przystępujących wskazują, że praktyki zarówno po stronie wykonawców jak i zamawiających są różne.

W związku z uwzględnieniem zarzutów przez zamawiającego, przystępujący na posiedzeniu wnieśli sprzeciwy. Z kolei w zakresie nie uwzględnionych zarzutów odwołujący złożyli oświadczenia co do ich cofnięcia.

Odwołujący – wnosząc o odtajnienie wykazu parametrów oświadczył mi., że wykonawcy wypełniając wykaz parametrów zobowiązani byli do podania informacji w zakresie tak lub nie w 2 punktach w zakresie kryterium ekologii, natomiast w pozostałym zakresie tj. kryterium zużycia energii pociągu mieli podać 2 liczby wyrażone w KWh, jak również kryterium systemu utrzymania pojazdów mieli podać przebiegi w dniach, m-cach i kilometrach. Odnośnie masy pojazdu informacja miała obejmować tonaż. Wskazany jako załącznik w zestawie nr 1 dowodów przykładowe parametry stanowią odzwierciedlenie oferty odwołującego. Podtrzymuje argumentację swą w odwołaniu i oświadczam co do zasady, że informacje które przedstawiono w zestawie nr 1 na przykładzie naszej oferty nie posiadają wartości gospodarczej a jest to jedna z przesłanek prawa objęcia informacji przedsiębiorstwa zastrzeżeniem tajemnicy. Nie są to informacje, które mają jakiegokolwiek znaczenie w procesie produkcji. Reasumując podtrzymuję argumentację zawartą w odwołaniu stwierdzając, że w

mojej ocenie informacje te nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa bowiem ich ujawnienie nie może wyrządzić szkody. Podtrzymuję moja argumentację co do charakteru tych informacji, które będą jawne po wyborze najkorzystniejszej oferty lub też zostaną ujawnione w trakcie realizacji czy też eksploatacji przedmiotu dostawy. Na poczet moich twierdzeń przywołuję dowody znajdujące się w zestawach od 2 do 6. Wskazując na zestaw nr 2 odnoszący się do zużycia energii elektrycznej przedstawione dokumenty w kolejnych pakietach tego zestawu tj. od 1 do 4 pokazują jak na podstawie przyjętej punktacji kryterium oceny ofert po ustaleniu liczby przyznanych punktów i wiedzy co do własnych parametrów w tym zakresie można w sposób matematycznie prosty wyliczyć ten parametr w ofercie wykonawcy. Wskazuję tutaj w szczególności w zestawie nr 2 str. 2 pakietu 1 gdzie przedstawiliśmy wyliczenie. Uzupełniająco wyjaśnia, że przede wszystkim z uwagi na obowiązek przestrzegania jawności postępowania wynikający z pzp odwołujący domaga się odtajnienia tych danych w sytuacji gdy wykonawcy nie wykazali w naszej ocenie składając oferty jak również w dniu dzisiejszym w pismach, iż stanowić to może tajemnice ich przedsiębiorstwa. podkreślam, iż każdy obywatel czyli podatnik ma prawo poznania treści składanych ofert. Jednocześnie chciałabym przywołać w zestawie 2 pakiet 4 Skoda w 2010 roku składając ofertę nie zastrzegła danych odnośnie zużycia energii elektrycznej. W mojej ocenie jako argument przeciwny zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa należy wskazać art. 15 ust 4 wzoru umowy stanowiącej załącznik do SIWZ zgodnie z którym wykonawca dostawca udziela licencji do korzystania z praw majątkowych autora w zakresie dokumentacji techniczno – eksploatacyjnej. Taka okoliczność wynika z faktu, że w przyszłości zamawiający będzie prowadził postępowania w trakcie eksploatacji przedmiotu dostaw obejmujące np. naprawy i co wykazaliśmy złożonymi dowodami czynił w postępowaniach obejmujących naprawy przedstawiając szczegółowo parametry technicznej zamawianych części łożyska, sprzężarki, materiały eksploatacyjne w tym płyny. W zakresie naprawy lokomotywy została dostarczona cała dokumentacja techniczna przekazana zamawiającemu na co wskazujemy przedstawiając dowody w zestawie 3 np. dokumentacja systemu utrzymania lokomotywa spalinowa 797.8. wskazujemy również w zestawie 3 pakiet 7 karta informacyjna.

Odwołujący – uwzględniając poprzednio omówione przedstawione dowody wskazując okoliczności na które je przywołaliśmy i przywołując art. 1 ust 4 wzoru umowy stwierdza i podtrzymuje zarzut bezzasadnego utajnienia informacji których żądamy. Przywołam w tym miejscu na poparcie naszego stanowiska dowody przedstawione w zestawie nr 3 w którym pokazaliśmy dokumenty publikowane przez zamawiającego np. raporty roczne 2010 pokazujące zasady utrzymania pojazdów, które obrazują liczbę kilometrów czy tygodni oddzielających przeglądy kontrolne eksploatowanych pojazdów. Dalej wyjaśnia i oświadcza,

że w zakresie istotności informacji przemysłowej, które w jego ocenie należałoby chronić to powinny być to np. szczegółowe operacje na poszczególnych podzespołach bowiem na podstawie takich informacji konkurencja chroniącego informacje mogłaby osiągnąć tajemnicę jak wykonawca konkurent osiągnął okresowy wynik jeżeli chodzi o parametr pojazdu który stanowi atut tego pojazdu. Chodzi tutaj o to, że na podstawie danych których ujawnienia my się domagamy nie jesteśmy w stanie w przypadku ich uzyskania osiągnąć tajemnicę jak np. doszło do tego odnosząc to np. do samochodów, że tak rzadko trzeba uzupełniać olej, przyjeżdżać na przeglądy lub też jak uzyskaliśmy tak niskie zużycie. Uważam, że nie udostępniając danych o które nam chodzi a które wyczerpująco opisaliśmy w zestawie nr 1 wykaz parametrów o których ujawnienie wnioskuje odwołujący nie naruszamy tajemnicy przedsiębiorstwa a zwłaszcza nie pozyskamy za darmo informacji które stanowią wartość gospodarczą naszych konkurentów, co może stanowić o ich przewadze. Ja uważam, że odpowiadając na pytanie dlaczego robią to nasi konkurenci, że mają ukryty cel zapoznania się i możliwości udziału i składania wniosków przy ocenie ofert. Uważamy, że mamy prawo ustawowe poznać te dane. W tym miejscu stwierdza, iż pomimo, że zamawiający odtajnił uzasadnienie ale na dzień dzisiejszy nie znamy treści tych dokumentów to bez znajomości tych uzasadnień stwierdzamy, że te parametry, który poznania się domagamy nie mogą być przedmiotem tajemnicy przedsiębiorstwa. jednocześnie podkreśla, że wśród parametrów których domagamy się odtajnienia jedynie masa pojazdu nie służy punktowaniu ofert i też podkreślam, że każda instrukcja np. samochodu przeglądów gwarancyjnych wskazuje jakie czynności tj. wymiana płynów czy elementów po określonym przebiegu wymaga wymiany. W tym miejscu wyjaśnia, oświadcza, że na podstawie dokonanej punktacji ofert na pewno można będzie stwierdzić czy wykonawca oferuje system zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych czy też system sprężarki suchej lub też to wykluczyć ale na pewno każdy użytkownik te parametry może poznać. W imię większej transparentności postępowania pytamy się tylko w zakresie kryterium ekologii o informacje tzw. 0/1 czyli tak lub nie bez szczegółów np. producenta. Również podtrzymujemy zarzut nieuprawnionego utajnienia informacji o masie pojazdu bowiem na podstawie tych informacji w mojej ocenie trywialnych nie jest w stanie żaden konkurent odkryć informacji technologicznych czy konstrukcyjnych. Wnoszę w związku z przedłożonymi na posiedzeniu dowodami o uwzględnienie ich przy rozstrzygnięciu. Odnośnie masy pojazdu chciałbym wskazać na trywialność tej informacji bowiem każdy pasażer wsiadający do pojazdu. Podkreślam, że pojazd konstruowany dla zamawiającego jest pojazdem bez lokomotywy są to wagony na stałe sprzężone w jeden pojazd o tzw. napędzie rozproszonym charakterystycznym dla pociągów dużej prędkości. Wszystkie dowody które złożyłem i wnoszę o ich przeprowadzenie powołane są na okoliczność, że wszystkie informacje, które zostały utajnione będą publicznie dostępne z uwaga na praktykę zamawiającego jak i obowiązujące

przepisy pzp. definicja pojęcia informacja trywialna jest pojęciem użyty w dyrektywie 2016/943 tzw. dyrektywa w sprawie ochrony tajemnic przedsiębiorstwa. definicja znajduje się w pkt 14 preambuły tej dyrektywy gdzie sprowadza się ja do informacji nieistotnych, które nie stanowią tajemnicy handlowej. Przyznaję, że nie minął termin implementacji tej dyrektywy tym niemniej przepisy dot. tajemnicy przedsiębiorstwa winny być wykładane zgodnie z jej intencją. Termin mija czerwiec 2018. Wnoszę o ujawnienie uzasadnień do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dot. to ofert Skody i Stadler a z odpowiedzi zamawiającego wynika, że są tam informacje o charakterze ogólnym, standardowym i nie podlegają ochronie. Odnosząc się do dowodów złożonych na posiedzeniu przez Stadler i CAF pani H.J. radca prawny wnosi o nieuwzględnienie przedłożonych dowodów ponieważ nie są to dowody zweryfikowane, nie ma możliwości ich weryfikacji. Również stwierdzam, że z informacji obydwu przystępujących wynika, że w poszczególnych postępowaniach zastrzegane są różne informacje w związku z tym wskazuje to na brak konsekwencji co do zastrzegania poszczególnych danych. Również nie zgadzam się z poglądem, że w każdej sytuacji zastrzeżenie zużycia energii elektrycznej zasługuje na ochronę ponieważ nie we wszystkich postępowaniach było to zastrzegane. Uwzględniając str. 2 i 3 spis treści dokumenty jawne wynika, że oświadczenia dot. tajemnicy przedsiębiorstwa są jawne, a na str. 9 i 10 podobnie wynika, że też te oświadczenia są jawne. Dlatego dla nas nie do przyjęcia jest dlaczego teraz są niejawne. Uzupełniająco oświadcza, że zużycie energii elektrycznej jest zawsze informacją wynikowa i nigdy nie może zdradzać nam technologii i konstrukcji. Nie zgadzam się z tym stwierdza, że nie zgadza się ze stanowiskiem pojawiających się w złożonych pismach, że nawet jeżeli pojedyncza informacja nie stanowi tajemnicy to już jej zbiór może być objęty tajemnicą. Owszem ale należałoby to wykazać w kontekście podnoszonych przez nas do ujawnienia informacji w zestawie nr 1. Bo uważam, że zestaw informacji w tym dokumencie nie pozwala na zrekonstruowanie tajemnicy technologii. znamy tylko uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy CAF gdzie pisze na str. 2 pkt 2 i str. 3 pierwszy akapit str. uzasadnienia, że zbiór informacji, które zastrzegł w ofercie stanowi tajemnice przedsiębiorstwa, ale my nie żądamy odtajnienia wszystkich informacji objętych tajemnicą ale tylko wskazanych w zestawie nr 1, które w związku z tym nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa bo nie są zbiorem wszystkich informacji, które zastrzegł CAF.

Zamawiający – popiera stanowisko odwołującego i przedstawiona argumentację. zwraca uwagę, że orzecznictwo wskazuje na konieczność jawności parametrów oferty wg których następuje przyznawanie punktów, chodzi w szczególności o informacje, które służą do wyliczenia punktacji oferty. W związku z tym wykonawcy powinni mieć świadomość, że informacje, które stanowią podstawę punktacji nie powinny być utajniane. Zwracam również

uwagę, że zamawiający ma obowiązek podawania w SIWZ sposobu wyliczenia punktów w ramach kryterium oceny ofert w związku z tym należy rozumieć, że wykonawcy mają prawo te czynności tj. ich prawidłowość sprawdzić. Wnoszę o nie uwzględnienie dowodów złożonych przez przystępujących bo po pierwsze są to informacje z innych postępowań oraz są to inne informacje, których odtajnienia domaga się odwołujący.

Przystępujący konsorcjum Skoda – przywołując stanowisko w sprawie chciałabym nie powoływać się już na argumentację w tym piśmie dzisiaj przedstawiona wnosząc o jej uwzględnienie. Natomiast odnosząc się do dzisiejszej wypowiedzi odwołującego nie zgadzam się z poglądem zgodnie z którym zaliczył chronione przez nas informacje jako mające charakter trywialny i które powinny być jawne, dostępne. Twierdzą, że można poszczególnym indywidualnie znaną informacją nadać charakter trywialności ale na pewno nie zbiorowi informacji, które my w naszej ofercie zastrzeżliśmy jako tajne, bo one już mogą zdradzać nasze know-how. Podkreślam, że przedmiot niniejszego postępowania to nie są tzw. produkty z półki, wykonanie zamówienia wg tej oferty zawiera indywidualne rozwiązania oczywiście nie oznacza to, że można nie mieć w zakresie tym doświadczenia. Chciałabym to skwitować, że przedmiotem zamówienia nie jest produkt będący w powszechnym użyciu, nie twierdzą, że może to być w przypadku Siemens. My konstruujemy bowiem na potrzeby zamawiającego i chciałabym powiedzieć, że pozostawił on nam pewien zakres swobody i szereg elementów tego zamówienia jest w gestii uznania producenta przy ustalonych wymogach minimalnych. W związku z tym podtrzymuje twierdzenie o zasadzie zbioru do elementów. Dlatego też posługiwanie się argumentacją, że wykonawcy mają prawo sprawdzić ocenę punktową nie przesadzą o tym, że w związku z tym mają prawo znać informacje wyciągane z oferty wykonawcy do zastosowania punktacji oferty. Podkreśla, że żaden przepis ustawy na dzień dzisiejszy nie wskazuje na to, że informacje, które służą ocenie punktowej wg ustalonych kryteriów oceny ofert nie mogą być chronione tajemnicą przedsiębiorstwa. Dlatego też wszystkie najczęściej sprowadzane argumenty do zużycia energii elektrycznej nie powinny mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Odnosząc się do jawności dokumentów na które powołuje się odwołujący przedstawiając dowody w zestawie 2 do 6 to zwracam uwagę, że ujawniane są informacje ale wykonawcy który wygrał a nie każdego wykonawcy, który brał udział w postępowaniu i bardzo możliwe, że będzie chciał dalej brać udział w przetargach i np. wykorzysta te dane lub pewne ich elementy, które utajnił w postępowaniu gdzie uczestniczył ale jego oferta nie została wybrana. Zdaje sobie sprawę, że nie ma identycznych postępowań zwłaszcza w kontekście tego postępowania, natomiast twierdzenie, że należy odtajnić bo te dane będą i tak znane ogółowi jest twierdzeniem, któremu zdecydowanie zaprzeczam. Ponadto też podkreślam, że bez względu jakie dokumenty były dziś okazywane i informacje jakie w nich zostały ujawnione nie

mogą stanowić wprost dowodu, że będzie identycznie w tym postępowaniu co do zakresu publikowanych później informacji bo regułą jest, iż informacje które są utajnione w toku postępowania nie są automatycznie w pełnym zakresie odtajniane w przypadku realizacji zamówienia bez jakichkolwiek ograniczeń. Nie ma identycznych postępowań i identycznych skutków tych postępowań w zakresie odtajniania dokumentów, informacji jak to pokazuje odwołujący w złożonych dowodach. Ja też zwracam uwagę na zamówienie sektorowe 138 c ust 1 pkt 1 pzp który mówi, że zamawiający może zobowiązać wykonawców do zachowania poufności przekazywanych jemu informacji od zamawiającego. Należy nie generalizować zasady jawności i brać pod uwagę, że zasada jawności jest równorzędna z zasada tajemnicy. Zwracam uwagę, że w innych krajach UE w Holandii nawet sienie ujawnia ceny w związku z tym nie można tak znacznie generalizować jawności postępowania.

Przystępujący Stadler – odnosząc się do podnoszonej niezgodności w naszych zastrzeżeniach, które podniósł pełnomocnik odwołującego, tj., że poprzednio w przedstawionych dowodach odnosi się to do postępowania przez zmianami pzp 2014 w związku z zamówieniem PKP Intercity, iż wówczas nie utajnialiśmy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy to podkreślam, że wówczas nie obowiązywał wymóg uzasadnienia z datą złożenia oferty. Nie był wykonawca zobowiązany do uzasadnienia tylko do wykazania informacji, które zostały zastrzeżone. Dowody, złożone na poprzedniej rozprawie dot. fragmentów dokumentów z naszych ofert, które były składane kolejno do PKP Intercity, Łódzka Kolej Aglomeracyjna, Koleje Mazowieckie. Odnosząc się do dowodu przedstawionego do PKP Intercity spis treści oferty i podkreślam w tym spisie, że jako część niejawną był opis technicznych wraz ze schematami i rysunkami oraz system i zakres utrzymania eksploatacyjnego, składałam też formularz ofertowy z zaznaczeniem pkt 5 system i zakres utrzymania eksploatacyjnego z podaniem przebiegów między obsługowych i pracochłonności. Przez zakreślenie pkt w ofercie chodzi to, że system i zakres utrzymania eksploatacyjnego był objęty tajemnicą. Przedkładałam formularz ofertowy gdzie w pkt 11 stwierdzamy, iż informacje na str. 89 do 176 oferty zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. w pkt 14 stwierdzamy, że załączamy wskazane dokumenty i min. w ppkt 5 jest ujęty system i zakres utrzymania eksploatacyjnego. Ja twierdzę, że na str. od 89 do 176 oferty dla PKP Intercity znajduje się dokument o nazwie system i zakres utrzymania eksploatacyjnego i zamawiający tego nie kwestionował. Drugi dowód też jest dla PKP Intercity i odnoszę się tutaj do spisu treści z oferty tam złożonej ale na użytek niniejszego procesu i z tych dokumentów wynika, że było tam oświadczenie dot. tajemnicy przedsiębiorstwa dokument 1 stronicowy, którego nie załączam. Następnie były tam dokumenty techniczne – część niejawną, które zawierały min. Ogólny opis techniczny oferowanych pojazdów i „system i zakres utrzymania eksploatacyjnego”. Załączam też ofertę na str. 11 i 15 dowodu gdzie w pkt

11 oświadczamy, że informacje i dokumenty w ofercie na str. 77 do 147 są objęte tajemnicą. Z kolei w pkt 14 pn. „załączamy poniżej wskazane dokumenty” zwracam uwagę Izby na pkt 1 wypełniony i podpisany formularz opis techniczny ze schematami, rysunkami wg wzoru stanowiącego zał. nr 8 do SIWZ, w tym w ppkt 3 pn. „system i zakres utrzymania eksploatacyjnego lit b tabelaryczne zestawienie cykli przeglądowych od P1 do P5 zawierające dla każdego poziomu utrzymania przebieg km, czas pomiędzy kolejnymi czynnościami utrzymania. Kolejny dowód na str. 16 do 21 odnosi się do KM sp. z o.o. przy czym tutaj już nie sporządzałam na użytek niniejszego procesu odrębnego spisu treści tylko wnoszę o potraktowanie jako spisu treści str. 21 dowodu, a str. 9 ofert. Cofając się na str. 19 dowodu podkreślam, iż w pkt 15 formularza oferty znajduje się załącznik do instrukcji dot. sposoby obliczania współczynników efektywności gdzie właśnie tam podajemy wartość zużycia energii i proszę zwrócić uwagę na zapis informacji dot. pkt 15, który objęty jest tajemnicą, nie udostępniać. Taka sama sytuacja dot. pkt 20 i 21 również informacje objęte są tajemnicą, dot. one masy pojazdu. I to nie było kwestionowane, było skuteczne zastrzeżenie. Przechodząc do ostatniego dowodu zawartego na str. 22 i 26 przywołuję, iż zawarłam tam formularz ofertowy,. Wskazuje, że w pkt 7 formularza mówi się o masie służbowej pojazdu i zużyciu energii elektrycznej przez pojazd gdzie nie podaje się w ofercie w formularzu tych danych, tylko zamieszczone są one w odrębnym zał. nr 17, który jest objęty tajemnicą, co wynika z tego pkt 7 formularza. Ja wyjaśniam, że nie wypełniliśmy pkt 7 lit a i, ii, a dane te zawarliśmy w części niejawniej pkt 20 oferty załącznikami do niniejszej oferty są część niejawną, zał. 17 o treści pozostałe dane podlegające ocenie – tajemnica przedsiębiorstwa str. 253 oferty.

Odnosząc się do zastrzeżenia tajemnicy tj. uzasadnienia to w naszej ofercie znajdują się one w części tajnej na str. oferty od 42 do 55 zawarta jest informacja z uzasadnieniem o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa licząca kolejno 14 stron. Nadal domagam się ochrony całych 14 stron. Domagam się ochrony str. od 4 do 9 uzasadnienia bowiem są zawarte tam informacje o rodzajach komponentów tj. podzespołów oferowanego pojazdu, też wskazujemy jakie cykle przebiegu zostały założone, również informujemy o zastosowanych rozwiązaniach dla zachowania bezpieczeństwa. Na str. 11-12 uzasadnienia przystępujący odnosi się do treści dokumentów obowiązujących w spółce wyjawiając ich treść. Na str. 12 uzasadnienia powoływane są również treści dokumentów które są zawierane z partnerami handlowymi i spółka jest zobowiązana do zachowania ich poufności. Te dokumenty zostały załączone do uzasadnienia, a wymienione są w pkt 5, wszystkie dokumenty, które wymieniamy na str. 11 i 12 uzasadnienia są załączone, są to zał. od 1 do 5 do uzasadnienia.

W tym miejscu ze strony zamawiającego wyjaśniają, że gdyby Izba nakazała odtajnienie informacji to jeżeli chodzi o wartość zużycia energii elektrycznej i masa pojazdu to byśmy dostarczyli zał. nr 7 do SIWZ w którym byśmy przekazali str. 87 i 88, gdzie są oczekiwane informacje, a po zamazaniu pozostałych informacji zawartych na tych stronach załącznika. Z kolei jeżeli chodzi o informacje o tym czy jest zamknięte łożyskowanie zestawów kołowych oraz czy jest zastosowana sprężarka sucha to udzielilibyśmy informacji na piśmie o występowaniu lub braku z przywołaniem stron oferty na których się znajdują te informacje. U wszystkich przystępujących postąpilibyśmy tak samo.

Punktujemy zastosowanie sprężarki suchej ze względu na ekologię. Wyjaśnia, że zmniejsza się koszty eksploatacji. A jeżeli chodzi o zamknięte łożyskowanie zestawów kołowych jest punktowane bo wpływa na ekologię bo jest brak wymiany smarów, smar nie przedostaje się do otoczenia i również na koszty eksploatacji bo nie trzeba ich uzupełniać.

Przystępujący, podkreśla pełnomocnik, że w orzecznictwie Izby potwierdza się, że nie ma zasady, iż informacje które używa się w punktacji ofert w ramach kryterium oceny nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Podziela argumentację przedstawioną przez przystępującego konsorcjum Skoda również w piśmie złożonym, że bada się tajemnicę na dzień złożenia oferty i to jest ważna a nie jest ważne, że te informacje będą później udostępniane publicznie czy innym wykonawcom, którzy będą naprawiali. Zwraca uwagę, że te informacje mogą być zastrzeżone przy podpisaniu umowy, zwraca uwagę, że ujawnienie dot. tylko tych którzy wygrają przetarg. Podkreśla, że bada się skuteczności ważność zastrzeżenia tajemnicy na dzień składania oferty. Jeżeli chodzi o masę i odnosząc się do zestawu nr 1 pakiet 1 dowodu odwołującego to odwołujący też utajnił masę. Podziela argumentację Skody i CAF, że na podstawie informacji wynikających z przedstawienia punktacji w wyniku kryterium oceny ofert nie można ustalić parametrów technicznych w zakresie systemu utrzymania pojazdu i ekologia gdyż zamawiający poda sumaryczną punktację a nie za poszczególne elementy kryteriów.

Przystępujący CAF – podtrzymuje argumentację przedstawioną w piśmie z dnia 30.11.2017 r. i stwierdza, że żaden z licznie przedstawionych dowodów a poprzednim posiedzeniu nie wykazał, iż informacje, które zostały zastrzeżone w ofercie są jak to przywołuje odwołujący trywialnymi. Uważa, że dane, które są przedmiotem sporu są dowodem na efekty badań i rozwoju i dają konkurentom wytyczną co do tego na jakim etapie konkurent ma przeprowadzone bardzo kosztowane badania rozwojowe bowiem należy mieć na uwadze, że wykonawcy nie działają w próżni i nawzajem obserwują się dlatego uważa, że sporne informacje powinny być utrzymane w tajemnicy. Skoro mój mocodawca czyni nakłady na postęp techniczny na prace rozwojowe to ma prawo do ochrony tych wyników

parametrów bowiem konkurent poznając je uzyskuje informacje co do ewentualnej konieczności podjęcia prac rozwojowych lub też braku ponoszenia takich kosztów, co przekłada się na efektywność działania. Ja przedstawiłem do mojego pisma załącznik gdzie pokazuję dynamiczny obraz chronienia informacji w poszczególnych postępowaniach w zależności od stosowanej punktacji. Są to przykłady tylko i wyłącznie na parametry techniczne które były przez zamawiających punktowane i mimo to były skutecznie zastrzeżone i wg mojej wiedzy nie zostały odtajnione przez zamawiającego, dla przykładu znajduje się tu Newag, który poprzednio nie utajniał a zmienił politykę w tym zakresie. W szczególności zwraca uwagę na postępowania oznaczone w tabeli jako nr 1 i 2. Tak więc wbrew twierdzeniu odwołującego informacja o danych wynikowych również jest informacją, która ma wpływ na konkurencję. Odnośnie punktacji i możliwości wywiedzenia z uzyskanej liczby punktów jakie parametry były oferowane to popiera w całym zakresie argumentacje moich poprzedników jak i w pozostałym zakresie popiera ich argumentacje i stwierdza, że są to równania nie z jedną ale kilkoma niewiadomymi. Uważam, że odwołujący nie jest w stanie dojść do wielkości parametrów posiadając dane wg punktacji i to łącznej w każdym z kryteriów. Co do charakteru publicznej informacji a zwłaszcza do upublicznienia danych w związku z upływem czasu i w związku z koniecznością napraw pojazdów to podkreśla, iż tak jak moi poprzednicy, iż tylko wykonawca, który wygra przetarg odzyska poniesione nakłady czy koszty. Natomiast ci którzy nie są wybrani a muszą odtajnić chronione dane zostaną upublicznieni co do ich danych i pozostaną tylko z kosztami. Na co już wskazywał pełnomocnik konsorcjum Skoda nie jest zasada, że wykonawca który wygrał przetarg w związku z realizacją a w szczególności naprawami po gwarancji jego dane stają się publiczne bo jest to kwestia postanowień umownych i tajemnica może wiązać też tych którzy uzyskają do zamawiającego informacje od dostawcy wagonów. Ja tu chciałabym wskazać zał. Do umowy tj. ogólne warunki umowy rozdz. 16 o poufności z przywołaniem ppkt 16.1 i 16.6, które wskazują, że informacje utajnione jako zastrzeżone dla przedsiębiorstwa nie podlegają ujawnieniu w związku z realizacją zamówienia i eksploatacją wagonów w tym ich napraw przez kolejnych wykonawców. Przede wszystkim zwraca uwagę, że o podnoszona kwestie, iż każdy użytkownik metra dowie się o masie pojazdu to zwraca uwagę na czas trwania realizacji dostawy tj. dostawa pojazdów po 20 m-cach (pierwsza dostawa) po podpisaniu umowy. Odnośnie zużycia energii elektrycznej twierdzi, że te informacje nie zostaną nigdy udostępnione, nawet ci którzy będą po okresie 3-5 letniej gwarancji dokonywali naprawy. Dlatego też kwitując swoją wypowiedź twierdzi, że tajemnicę bada się tu i teraz a nie z faktu, że upłynął termin gwarancji, czy wagony jeżdżą w metrze, a przecież postęp techniczny trwa i ujawnienie tych informacji nie ma takiego znaczenia jak w dacie złożenia oferty. Podkreśla, że dostęp do informacji jest zróżnicowany w zależności od etapu naprawy czy przeglądu, który jest dyktowany najczęściej przebiegiem i uzyskiwane

informacje są od tego uzależniane ich rodzaj, w szczególności zaznacza, że najprędzej można dostać po pierwszej dostawie, która nastąpi po 20 m-cach od podpisania umowy.

W głosie końcowym Odwołujący –powołując się na zapis art. 92 ust 1 pkt 1 pzp oświadcza, że zamawiający ma obowiązek upublicznić wykonawcom zarówno ocenę ofert w zakresie kryteriów jak i podkryteriów. Przywołuje na tę okoliczność wyrok KIO 29.08.2013 r. opisany jest tam przypadek gdzie zamawiający podał sumę punktów w ramach kryterium nie podając informacji o przyznanych punktach w ramach podkryterium co uniemożliwiło wykonawcy złożenie odwołania. podobnie wyrok KIO 5.04.2017 r o sygn. 517/17 bowiem wynika z nich, że po nowelizacji już wykonawca ma prawo wiedzieć dlaczego nie otrzymał maksymalnej ilości punktów również w ramach podkryterium. Odwołując się do argumentacji CAF, który twierdzi, że podanie kilku informacji może zdradzić technologię nie wskazał na to dowodu chociażby przywołując ofertę Siemens, który takie dane podał mające właśnie zdradzić technologię. Przenosząc wywody na przedmiotową sprawę to wartością gospodarczą tj. jakie szczegóły konstrukcyjne i technologiczne oraz materiałowe, przesadzają o parametrach urządzenia, w związku z tym należałoby znać bardzo szczegółowe informacje konstrukcyjne jak np. wymiar szczeliny powietrznej między wirnikiem a stojanem w silniku. Z uzyskania informacji o zużyciu energii elektrycznej nie można uzyskać wstecznie informacji co do szczegółów konstrukcyjnych silnika. W mojej ocenie okoliczność zastosowania przez wykonawcę łożyskowania stanowi informacje o charakterze trywialnym z uwagi na powszechność tej metody, wagę 2 pkt i wartość w stosunku do budżetu. W mojej ocenie nie opłaca się nie zaoferować łożyskowania zamkniętego. W mojej ocenie informacja czy ktoś zaoferował sprężarkę sucha czy moką nie ma znaczenia w sensie tajemnicy bo obojętnie jaka zostanie zastosowana każda może być wykonana w innych technologiach. Reasumując stwierdza, że mamy prawo znać parametry od pozostałych wykonawców bowiem nawet uzyskanie ich po wyborze oferty z uwagi na terminy na wniesienie odwołania utrudnia natomiast udowodnienie konkurentom nieosiągalnych parametrów. W tym miejscu radca prawny przywołuje wyrok 2741/11 z 05.01.2012 r. gdzie ewidentnie przyznano rację odwołującego i w sprawie dostawy pojazdów szynowych nie ma potrzeby ochrony parametrów technicznych, które nie mają wartości technicznych. Prostuje, że nie przyznano racji odwołującemu tylko stwierdzono, że pojedynczy parametr nie stanowi wartości technicznej. Odnosząc się do ochrony parametrów przez przystępujących w naszej ocenie nie wykazano w toku postępowania, że mają one dla nich wartość gospodarczą jak również nie przedstawiono kwestii ewentualnej szkody czy związku przyczynowo – skutkowego. Również nie przedstawiono zastrzeżeń co do ochrony tych parametrów co umożliwiłoby nam weryfikację uzasadnienia. Chociażby odnosząc się do stanowiska Stadler to sam przyznał, że jego uzasadnienie podlega ochronie informacja mieszcząca sienna str. od 4 do 9 i od 11

do 12 więc wprost nie ma takiej argumentacji co do stron od 1 do 3 i 10 i 13. Uzupełniając stwierdza, że zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie sam stwierdził, że w jego ocenie uzasadnienie tajemnicy ma charakter ogólnikowy. Uzupełniając przywołuje z br. sprawę z wniosku Stadler o sygn. 1745/17 gdzie udawania przystępującemu Skoda w postępowaniu o dostawę dla Tramwajów Warszawskich, iż posiadając punktację w przedmiocie zużycia energii elektrycznej udowadnia brak możliwości osiągnięcia zadeklarowanych parametrów zużycia energii elektrycznej. Wnosi o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający – popiera stanowisko odwołującego. Przywołuje na okoliczność twierdzeń pełnomocnika Skoda o równoważności pojęcia tajemnicy z jawnością wyrok KIO 05.03.2012 r. o sygn. 223, 248, 261 z 2012 r. gdzie stwierdza się, iż zasada jawności jest fundamentalną zasadą, a wyłączenie jej stosowania następuje w przypadku wartości chronionej ustawowo. Oraz stwierdza się o ścisłym stosowaniu tej zasady tj. jako wyjątek. Przywołuje treść art. 8 ust 1 pzp oraz stwierdza, że dowód na prawo zastrzeżenia tajemnicy obciąża tego kto ochrony takiej informacji żąda. Również na okoliczność, iż tajemnica przedsiębiorstwa nie ma charakteru etapowego przywołuję KIO 15.09.2008 KIO/UZP 908/08. Odnośnie uzasadnienia Stadler zastrzeżenia tajemnicy to chcę nadmienić, że podano tam tylko czy wymieniono jakie informacje mają być zastrzeżone i jakie dokumenty są stosowane dla ochrony tj. podanie ich nazw a nie treści.

Przystępujący konsorcjum Skoda – wnosi o oddalenie odwołania. Przywołuje art. 86 ust 4 pzp na okoliczność jakie elementy są bezwzględnie tzn. w każdej sytuacji jawne. W pozostałym zakresie odnosząc się do art. 92 pzp tj. informacji o punktacji to ewidentnie nie ma tam wymogu przedstawiania oceny w ramach podkryterium, a tym bardziej nie ma obowiązku podawania elementów które stanowią podstawę przyznania punktów w ramach podkryterium. Reasumując zamawiający zawsze będzie przedstawiał punkty, które przyznał, a nie dane na podstawie których wyliczono punkty. Reasumując wg przywołanego przepisu nie podaje się informacji o podkryterium ani elementów służących do oceny w ramach podkryterium. W szczególności nie podaje się danych w piśmie zamawiającego na podstawie art. 92 pzp, które stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. My natomiast ciągle doskonalimy produkt, który jest przedmiotem zamówienia, mogę określić, że produkt ten jest szyty na miarę. Dlatego też, z tego powodu, że tylko jeden dostawca będzie realizował umowę podanie danych innych wykonawców zwalnia konkurentów z wydatków na postęp techniczny bo uzyskując te dane wiem na jakim etapie rozwoju produktu znajdują się w stosunku np. do mnie. Co do nieistotności parametrów o których wypowiedział się odwołujący tj. rodzaju łożyskowania i sprzężarki to nie zgadzam się z taką argumentacją, że ewentualne tanieść tych elementów może stanowić wprost o ich nieistotności

Przystępujący Stadler – wnosi o oddalenie odwołania. nie zgadza się ze stanowiskiem, iż nie przedstawiono w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji wskazujących na ich wartość handlową. Nie zgadza się z twierdzeniem, że w uzasadnieniu znajdują się tylko informacje ogólne na podstawie doktryny i orzecznictwa. Wbrew twierdzeniom stwierdza, że znając masę, zużycie energii czy też dane dot. przebiegu można poznać sprawność zastosowanych układów. Na podstawie danych podanych przez producenta co do masy, zużycia energii elektrycznej na wielkościach parametrów przejazdu wskazanych przez zamawiającego w SIWZ, można poznać sprawność układów pojeździe zaoferowanym przez dostawcę. W szczególności podkreślam, że pojazdu nie ma aktualnie na rynku i informacje które są podawane a których odtajnienia domaga się odwołujący dot. koncepcji czyli dostosowania do wymogów zamawiającego postawionego w SIWZ i z tego powodu w mojej ocenie już te informacje posiadają wartość gospodarczą. Przywołuje na te okoliczność 2709/10 2741/11 w szczególności drugi wyrok wskazuje, że informacje, które podlegają ocenie w ramach kryterium mogą być utajnione. Podkreśla, że to do zamawiającego należy wykonanie prawidłowej oceny ofert a nie do wykonawców. O tym, iż odtajnienie to sprawa indywidualna wskazuje wyrok 2741/11. Również, że Siemens odtajnił dane nie oznacza to, że inni wykonawcy mają również te dane odtajnić bo mogą stanowić dla nich tajemnicę.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie

Zasadniczym zagadnieniem do rozstrzygnięcia o prawie przystępujących oraz oferenta Alstom, zastrzeżenia informacji o parametrach docelowych złożonych ofert, jest obowiązywanie tajemnicy informacji w czasie (złożenie oferty a skutki realizacji umowy w wyniku wybrania oferty) oraz prawo do ochrony tajemnicy informacji oferentów, których oferty nie zostaną wybrane jako najkorzystniejsze.

Argumentacją odwołującego w związku z przedłożonymi przez niego dowodami a także wyjaśnieniami i oświadczeniami jego pełnomocników na rozprawie a opisanymi powyżej w ustaleniach Izby jest twierdzenie o publicznym charakterze zastrzeżonych informacji w ofertach pozostałych oferentów.

Jak twierdzi odwołujący wszystkie informacje zastrzeżone w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są udostępniane w toku realizacji zamówienia a także w czasie realizacji czynności gwarancyjnych jak i pogwarancyjnych zlecanych dalszym wykonawcom, w związku z eksploatacją przedmiotu zamówienia (dostawa 37 + 8 sześciowagonowych

elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu pasażerów na I i II linii metra w Warszawie).

Na zakaz zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, odwołujący wskazuje ich publiczny charakter z uwagi na użytkowników transportu zbiorowego (każdy pasażer metra w Warszawie może odczytać masę pojazdu). Jak również z uwagi na Raporty Roczne i Sprawozdania Roczne Zamawiającego ale również z uwagi na dokumenty urzędowe a nawet prasowe oraz informacje techniczne jakie zawarte są w świadectwach dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego wydawane przez Urząd Transportu Kolejowego Rzeczypospolitej Polskiej. Na poczet powyższych twierdzeń i zarzutów odwołujący przedstawił dowody na rozprawie a opisane powyżej w ustaleniach Izby.

Izba rozważyła argumentację przystępujących, że okoliczność udostępnienia parametrów technicznych, nawet w większym zakresie, niż domaga się odwołujący może mieć zastosowanie tylko i wyłącznie do oferenta, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Również rozważono argumentację przystępujących, że wykonawca podpisujący umowę ma prawo domagać się od zamawiającego aby informacje zastrzeżone nadal takimi pozostawały również po zawarciu umowy, także wobec dalszych podmiotów w związku z obsługą techniczną taboru kolejowego. Tak więc Izba również rozważyła kwestię przekazywania zastrzeżonych informacji innym podmiotom świadczącym usługi, które uzyskały informacje z oferty co do obciążenia ich obowiązkiem zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie zastrzeżonych informacji. Na powyższą okoliczność pełnomocnicy przystępujących przywołali postanowienia załącznika do wzoru umowy to jest paragrafu 16 ust.1 ogólnych warunków umowy. Powyższa argumentacja wskazywana przez wnoszących sprzeciw, miała by znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy w sytuacji wykazania, że charakter zastrzeżonych informacji ma cechy poufności to jest tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z tym, że zastrzeżone informacje w ofertach, których odwołujący domaga się odtajnienia nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, przywoływana powyżej argumentacja przystępujących nie ma wpływu na rozstrzygnięcie zgłoszonych przez nich sprzeciwów co do uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego.

Odnosząc się do poszczególnych informacji technicznych zastrzeżonych w ofertach konkurentów odwołującego, to wskazywali oni, że okoliczność podawania „masy pojazdu” na korpusie wagonu nie może przesądzać, o jawności tej informacji czyli braku prawa zastrzeżenia tej informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Bowiem według przystępujących, podanie informacji o „masie” stanowi dla konkurencji nieuprawnioną informację co do stanu postępu technicznego konkurujących ze sobą oferentów, których oferty nie zostały wybrane. Tego rodzaju informacja stanowi wskaźnik co do ewentualnej

konieczności prowadzenia bądź braku potrzeby prowadzenia prac badawczych oraz rozwojowych nad produktem, które z samej natury rzeczy są kosztownymi. Izba w tym zakresie podziela pogląd odwołującego, co do twierdzenia, że jest to informacja techniczna o charakterze podstawowym dla oferty wykonawcy, która nie zdradza procesu technologicznego i produkcyjnego uzyskania takiej a nie innej masy oferowanego pojazdu. Izba uważa, wręcz przeciwnie jak przystępujący, że obowiązkiem producenta jest informacja dla rynku to jest również dla konkurentów o tak podstawowym parametrze technicznym jego oferty jak masa pojazdu i jest to nakaz uczciwej konkurencji zachowania rynkowego. Należy także wskazać, że informacja tego rodzaju daje prawo do ewentualnej możliwości uzyskania podawanej przez konkurenta masy pojazdu co gwarantuje przestrzeganie zasady wyrażonej w art. 7 ustawy pzp. Zgodnie z treścią tej zasady zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Okoliczność, że wyprzedza się konkurentów, czy też należy poczynić nakłady na prace badawczo rozwojowe w celu nie pozostawiania w tzw. „tyle”, jeżeli chodzi o postęp techniczny, nie może być miernikiem kwalifikacji tego rodzaju wiedzy t.j. o poziomie technicznym konkurencji jako czynu nieuczciwej konkurencji. To tak jakby przekładając na dziedzinę sportu należało by utajniać osiągnięte wyniki mistrzów w poszczególnych dziedzinach sportu, ponieważ konkurencja będzie starała się osiągnąć ten wynik czy też jeszcze lepszy wynik. Takie rozumowanie byłoby zaprzeczeniem samej idei „konkurencji” zgodnie z którą sportowcy czy też producenci, którzy chcieliby być zwycięzcami czy też liderami rynku, nie mieliby prawa znać najlepszych wyników konkurentów w branży. Takie rozumowanie wypacza i podważa istnienie jako takiej konkurencji i hamowałoby rozwój w danej branży producentów. W związku z tym przekładając to na dziedzinę zamówień publicznych należy stosować te same reguły jak opisane powyżej, ponieważ wykonawcy mają co prawda prawo znać parametry techniczne (osiągane wyniki), które decydują o tym, że oferta ich konkurenta jest lepiej oceniona od ich oferty. Nie oznacza to, że kwestionowany jest w tym miejscu występujący w orzecznictwie Izby pogląd, że nie ma zasady skoro nie ma wprost przepisu ustawowego nakazującego aby parametry oceniane w ramach kryterium oceny ofert nie mogły być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela pogląd występujący w orzecznictwie pogląd, w niniejszej sprawie ze względu na rodzaj parametrów ocenianych przez zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert stwierdza, że nie znajduje podstaw do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa również pozostałych parametrów, których odtajnienia domaga się odwołujący z uwagi, że są podstawą do oceny oferty w ramach obowiązujących kryteriów oceny ofert. Takimi informacjami są pozostałe parametry techniczne wymienione w odwołaniu to jest informacja o systemie utrzymania pojazdu (w zakresie uwzględnionym

przez zamawiającego), informacja o występowaniu zamkniętego łożyskowania zestawów kołowych, informacja o zastosowaniu sprężarki suchej oraz o zużyciu energii elektrycznej.

W ocenie Izby każdy z tych parametrów jest parametrem końcowym nie odkrywającym technologii czyli chronionego prawem know-how producenta.

Izba również nie stwierdziła, że uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w związku z tym, że odwołujący wycofał zarzuty, których zamawiający nie uwzględnił nie orzekając w tym zakresie.

Powyższe obejmuje utajnienie załączników do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w związku z ich cofnięciem przez odwołującego po stwierdzeniu przez zamawiającego ich nie uwzględnienia.

Izba podzielając co do zasady pogląd przystępujących, że jakkolwiek pojedyncze informacje o parametrach technicznych nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa ale zbiór pojedynczych parametrów już może stanowić informację stanowiącą tajemnicę stwierdza, że w niniejszym postępowaniu nie wykazano tej zasady.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji nakazując zamawiającemu odtajnienie informacji, których domaga się odwołujący z uwagi na to, że naruszono wskazane w odwołaniu przepisy ustawy pzp to jest: art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 PZP przez zaniechanie ujawnienia informacji zawartych w treści ofert wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu; art. 8 ust. 1, 2, 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zmianami) przez uznanie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy informacje te, z uwagi na ich treść, nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa z UZNK; art. 8 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK przez uznanie, że informacje wskazane w odwołaniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawcy w uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazali wartości gospodarczej informacji ani faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności tych zastrzeżonych informacji. Bowiernie stwierdzone naruszenia mają wpływ na wynik postępowania przez zagrożenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości postępowania wyrażonych w art.7 ust.1 PZP.

Tym samym Izba podzieliła stanowisko odwołującego co do zagrożenia jego interesu w uzyskaniu zamówienia wskutek niezasadnego utajnienia informacji zawartych w ofertach wykonawców biorących udział w postępowaniu (w szczególności parametrów ocenianych na podstawie określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert), Odwołujący może zostać pozbawiony możliwości zaskarżenia czynności Zamawiającego w postaci oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W toku postępowania odwoławczego potwierdziło się twierdzenie odwołującego, iż uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało zastosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców a nie jako prawo wykonawcy zapewniające ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 UZNK.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238; zm. Dz.U. 2017r. poz. 47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od każdego z przystępujących na rzecz odwołującego kwoty po 5.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis przez odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie po 1.200,00 złotych według złożonej na rozprawie faktury VAT.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....