

Sygn. akt: KIO 126/14

Sygn. akt: KIO 153/14

WYROK
z dnia 11 lutego 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2014 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 24 stycznia 2014 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **Hitachi Power Europe GmbH (lider), Budimex S.A., Tecnicas Reunidas S.A., MHPS Europe GmbH z siedzibą dla lidera: Duisburg 47059, Schifferstrasse 80, Niemcy** (sygn. akt KIO 126/14),
- B. w dniu 27 stycznia 2014 roku przez wykonawcę: **Doosan Heavy Industries & Construction Co. Ltd., 555 Gwigok-dong, Sungsan-gu, Changwon, Gyeongsangnam-do (Korea Południowa)** (sygn. akt KIO 153/14)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie, ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów**

przy udziale:

A. wykonawcy: **Doosan Heavy Industries & Construction Co. Ltd., 555 Gwigok-dong, Sungsan-gu, Changwon, Gyeongsangnam-do (Korea Południowa),**

oraz

wykonawcy: **Shanghai Electric Group Company Limited, Shanghai, 30/F Maxdo Center, No 8, Xing Yi Road (Chiny),**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 126/14 po stronie zamawiającego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **Hitachi Power Europe GmbH (lider), Budimex S.A., Tecnicas Reunidas S.A., MHPS Europe GmbH z siedzibą dla lidera: Duisburg 47059, Schifferstrasse 80, Niemcy,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 153/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

1. kosztami postępowania obciąża: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **Hitachi Power Europe GmbH (lider), Budimex S.A., Tecnicas Reunidas S.A., MHPS Europe GmbH z siedzibą dla lidera: Duisburg 47059, Schifferstrasse 80, Niemcy** (sygn. akt KIO 126/14) oraz wykonawcę: **Doosan Heavy Industries & Construction Co. Ltd., 555 Gwigok-dong, Sungsan-gu, Changwon, Gyeongsangnam-do (Korea Południowa)** (sygn. akt KIO 153/14) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **Hitachi Power Europe GmbH (lider), Budimex S.A., Tecnicas Reunidas S.A., MHPS Europe GmbH z siedzibą dla lidera: Duisburg 47059, Schifferstrasse 80, Niemcy** (sygn. akt KIO 126/14) oraz wykonawcę: **Doosan Heavy Industries & Construction Co. Ltd., 555 Gwigok-dong, Sungsan-gu, Changwon, Gyeongsangnam-do (Korea Południowa)** (sygn. akt KIO 153/14) tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *Budowę nowego bloku energetycznego Elektrowni Turów*, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. (dalej „zamawiający”) odwołanie wnioskodawca - konsorcjum w składzie: Hitachi Power Europe GmbH (lider konsorcjum), Budimex S.A., Tecnicas Reunidas S.A., MHPS Europe GmbH, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) [dalej „Ustawa Pzp”] oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r.Nr 153, poz. 1503 ze zm.), poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa następujących dokumentów złożonych wraz z ofertą przez Doosan Heavy Industries & Construction Co. Ltd. (dalej „Doosan”):

- 1.1. Załącznik nr 5 - Aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych - „Zaświadczenie z krajowego funduszu emerytalnego”, Zaświadczenie o płatnościach ubezpieczenia zdrowotnego i z tytułu długoterminowej opieki” w zakresie kwot wyszczególnionych na dokumentach,
- 1.2. Załącznik nr 8 do oferty - Wykaz podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej,
- 1.3. Załącznik nr 10 do oferty - Informacje bankowe w zakresie zawartych w nim kwot ,
- 1.4. Załącznik nr 12 do oferty - Wykaz wykonanych zamówień,
- 1.5. Załącznik nr 3 do Kontraktu – Harmonogram rzeczowo-finansowy w części dotyczącej pozycji 156, 176, 179, 180, 184 w zakresie kolumny 2,
- 1.6. Załącznik nr 11 część B do Kontraktu - Dokumenty potwierdzające zawarcie umów ubezpieczenia,

oraz Załącznik nr 12 - Wykaz wykonanych zamówień w zakresie nieodtajnionym, tj. załączniki oprócz referencji spółki Hamon Thermal Germany GmbH, złożonych wraz z ofertą przez Shanghai Electric Group Co., LTD (dalej „Shanghai”),

a także złożonych przez powyższych wykonawców dodatkowych wyjaśnień w zakresie zastrzeżonych dokumentów, pomimo że informacje zawarte w nieujawnionych częściach oferty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez uniemożliwienie wglądu w treść oferty w zakresie ww. informacji, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Doodan i Shanghai i poddania ich treści weryfikacji przez pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu:
 - 2.1. odtajnienia niepodlegających zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów dołączonych do oferty, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawców Doosan,
 - 2.2. udostępnienie odwołującemu odtajnionych ofert wykonawców Doosan oraz Shanghai

ewentualnie

3. wyjaśnienia przesłanek decydujących o zastrzeżeniu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Wskazał, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, aby informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa:

- informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- informacja nie może zostać ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący stwierdził, że sferą tajemnicy można objąć tylko takie informacje, które są znane jedynie poszczególnym osobom lub określonej grupie osób, obszar ten nie może się rozciągać na informacje powszechnie znane lub te, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć. W szczególności, uznał odwołujący, nie można objąć tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które raz już ujawniono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Odwołujący podniósł, że tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności

postępowania, o której mowa w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp powinna być interpretowana w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty, przy czym ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

W ocenie odwołującego wykonawcy Shanghai i Doosan nie wykazali, iż zastrzeżona część ich ofert zawiera nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, że zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ale winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, a wykonawca winien w sposób pełny i precyzyjny odnieść się do każdego zastrzeżonego dokumentu lub do jego utajnionej części, wyjaśnienia winny być na tyle pełne, aby umożliwić zarówno zamawiającemu, jak KIO rozpatrującej ewentualne odwołanie w tym zakresie odniesienie się do zastrzeżonych informacji.

Odnosząc się do informacji nieodtajnionych odwołujący wskazał:

w odniesieniu do oferty wykonawcy Doosan:

- Załącznik nr 5 do oferty, tj. aktualne zaświadczenie właściwego oddziału ZUS („Zaświadczenie z krajowego funduszu emerytalnego”, Zaświadczenie o płatnościach ubezpieczenia zdrowotnego i z tytułu długoterminowej opieki”)

Odwołujący wskazał, że są to to dokumenty, które składa się w celu wykazania, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Powołując się na wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2008 r., 772/08 odwołujący uznał, że w każdym przypadku uczynienia przez wykonawcę zastrzeżenia odnośnie do informacji zawartych w ww. zaświadczeniach jest ono bezskuteczne, a zamawiający jest obowiązany udostępnić te dokumenty innym podmiotom w całości; informacje zawarte w tego rodzaju zaświadczeniach nie mają charakteru technicznego, jak i technologicznego, nie stanowią również informacji organizacyjnych i nie posiadają wartości gospodarczej.

Odwołujący podniósł, że w analizowanym stanie faktycznym ma się do czynienia z dokumentami wydanymi przez odpowiednie organy, właściwe dla państwa siedziby wykonawcy Doosan i w przeciwieństwie do analogicznych dokumentów wystawianych w Polsce, dokumenty przedstawione przez wykonawcę Doosan nie zawierają wprost stwierdzenia o braku zaległości w płatnościach zobowiązań z tytułu ubezpieczenia

społecznego i zdrowotnego, a zamiast tego zawierają wyszczególnienie wysokości składek, w tym m.in. kwot do zapłaty i kwot zaległości – w przypadku Zaświadczenia z krajowego funduszu emerytalnego, oraz kwoty faktury i kwoty zapłaconej - w przypadku Zaświadczenia o płatnościach ubezpieczenia zdrowotnego i z tytułu długoterminowej opieki).

Odwołujący wskazał, że mimo odtajnienia przedmiotowych dokumentów przez zamawiającego, zastrzeżona jawność dokumentów w zakresie wyszczególnionych na nim kwot czyni czynność ujawnienia przedmiotowych dokumentów bezprzedmiotową z punktu widzenia możliwości kontroli ich prawidłowości przez pozostałych wykonawców. Oceniał, że wobec braku jednoznacznego stwierdzenia w treści dokumentu o braku zaległości w opłacaniu składek z tytułu ubezpieczenia społecznego, ujawnieniu podlegać powinny wyszczególnione w nich kwoty, których znajomość jest wyłącznym sposobem na dokonanie weryfikacji odtajnionych dokumentów pod kątem spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezalegania z płatnościami składek; w szczególności dotyczy to kwoty aktualnych w chwili składania ofert zaległości w płatnościach, w stosunku do których wymóg odtajnienia jest o tyle uzasadniony, że w przypadku braku zaległości w opłacaniu składek, kwoty te powinny wynosić 0.

- Załącznik nr 8 do oferty, tj. lista podmiotów należących do grupy kapitałowej

Zdaniem odwołującego utajnienie tego dokumentu nie znajduje uzasadnienia faktycznego oraz prawnego, ponieważ informacje na temat podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej Doosan można znaleźć na stronach internetowych (m.in. www.doosan.com, zakładka „Global NetWork”), wobec czego nie można uznać, że jest to informacja nieujawniona do wiadomości publicznej, a tym samym stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; znaczenie dla stwierdzenia bezzasadności zaniechania przez zamawiającego odtajnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej co wykonawca Doosan ma również fakt, że w sprawozdaniu finansowym (str. 455-463 oferty) wskazane zostały informacje dotyczące inwestycji dokonywanych przez spółki należące do tej samej grupy kapitałowej. Załącznik nr 10 do oferty, tj. informacje banku (w zakresie kwot wskazanych w dokumentach).

- Informacja z banku

W ocenie odwołującego informacje zawarte w informacji z banku nie mają charakteru technicznego, jak i technologicznego, nie stanowią one również informacji organizacyjnych i nie posiadają wartości gospodarczej. Wskazał, że zastrzeżone informacje *de facto* również nie dają miarodajnych informacji o sytuacji finansowej danego podmiotu, ponieważ informacja z banku odnosi się do posiadanych na danym rachunku środków finansowych,

przy czym ich wysokość w poprzednim lub kolejnym dniu mogła już być zupełnie inna, a nadto nie muszą być to wszystkie środki finansowe posiadane przez dany podmiot, gdyż częstą praktyką jest, że przedsiębiorcy posiadają kilka rachunków bankowych. Podobnie, stwierdził odwołujący, w przypadku zdolności kredytowej, czy otwartej linii kredytowej - ocena banku, jak i kwota niewykorzystanych środków w ramach linii kredytowej również mogą ulegać zmianie; wykonawcy często zwracają się do banku o informację na temat zdolności kredytowej tylko w zakresie minimalnej wymaganej przez zamawiającego, przy czym ich realna zdolność może być znacznie wyższa. Wskazał na wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO 772/08 oraz wyrok z dnia 23 lipca 2012 r. sygn. akt KIO 1457/12.

Wyjaśnił, że w wyniku czynności badania ofert zamawiający odtajnił ww. dokumenty, jednakże zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa pozostały kwoty wskazane w dokumentach - zakres ujawnienia dokumentów nie pozwala na dokonanie kontroli spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiednich środków finansowych przez wykonawcę Doosan.

Zdaniem odwołującego utajnienie kluczowych z punktu widzenia oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oznacza, że czynność odtajnienia przedmiotowych dokumentów w pozostałym zakresie ma charakter pozorny z punktu widzenia zasady równego traktowania wykonawców.

- Załącznik nr 12 do oferty, tj. wykaz wykonanych przez wykonawcę zamówień wraz z dowodami określającymi, że zamówienia zostały wykonane w sposób należyty

Odwołujący uznał, że wykonawca nie podjął wystarczających kroków w celu ochrony informacji zawartych w wykazie wykonanych zamówień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Na potwierdzenie braku ochrony wykazu wraz z dowodami określającymi, że zamówienia zostały wykonane w sposób należyty jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący wskazał to, że informacje te wykonawca ujawnił częściowo w pkt 16 formularza ofertowego, gdzie wskazał podmioty udostępniające oraz zakres udostępnienia polegający na wykonaniu konkretnych zamówień, nadto że wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku w postępowaniu zamówienia są zapewne znane konkurencji, gdyż na rynku istnieje zaledwie kilka podmiotów zajmujących się zaprojektowaniem i uruchomieniem kompletnego kotła, turbiny parowej czy generatora dla bloku energetycznego - zamówienia te co do zasady znane są pozostałym uczestnikom rynku.

Na tej podstawie odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma na celu ochrony informacji, dostępu do których wykonawca chroni, lecz uniemożliwienie innym wykonawcom weryfikacji zgodności wykazanych zamówień z warunkami określonymi przez zamawiającego.

Uznał, powołując się na wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1936/13, KIO 1943/13, KIO 1954/13, że szczególnie zakres przedmiotowy prac wskazanych w wykazie wykonanych przez wykonawcę zamówień winien być odtajniony („niezasadne jest ograniczenie dostępu do treści wniosków i ich uzupełnień w części opisującej przedmiot i wartość prac oraz kwalifikacje osób mających wykonać zamówienie”)

Stwierdził, że nieprawidłowość praktyki zastrzegania wykazów usług bez wykazania, iż rzeczywiście zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa dostrzegła wielokrotnie w wyrokach Krajowa Izba Odwoławcza: wyroki o sygn. akt: KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11, KIO/UZP 528/10.

- Załącznik nr 3 do Kontraktu - Harmonogram rzeczowo-finansowy

Odwołujący stanął na stanowisku, że stopień ogólności danych zawartych w harmonogramie oraz sposób ich prezentacji nie wskazują na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony know-how, co oznacza, że brak podstaw do uznania, że zastrzeżona kolumna 2, pozycje 156, 176, 179, 180, 184, mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenie ich kontroli ze strony pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

- Załącznik nr 11 część B do Kontraktu - dokumenty potwierdzające zawarcie umów ubezpieczenia

W odniesieniu do przedmiotowego dokumentu zastosowanie znajduje argumentacja przytoczona odniesieniu do Załącznika nr 10 do oferty, tj. informacji z banku.

W odniesieniu do oferty Shanghai:

- Załącznik nr 12 do oferty - wykaz wykonanych zamówień (w zakresie nieodtajnionym, tj. części załączników do wykazu, oprócz referencji spółki Hamon Thermal Germany GmbH).

Odwołujący wskazał, że zastosowanie znajduje tu argumentacja przedstawiona do oferty wykonawcy Doosan. Dodał, że po przeprowadzeniu procedury badania ofert zamawiający odtajnił treść wykazu wykonanych zamówień wykonawcy Shanghai wraz z załącznikami w postaci referencji wystawionych na rzecz spółki Hamon, jednak ujawnione referencje potwierdzają należyte wykonanie jedynie części spośród zamówień ujętych w wykazie. Zdaniem odwołującego skoro ujawniony został sam wykaz wykonanych zamówień wraz ze wskazaniem podmiotów, na rzecz których zamówienia były realizowane, jak również zakres i termin wykonania zamówienia, to brak jest podstaw do zastrzeżenia jawności części dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. Wskazał na wyrok

KIO z dnia 8 sierpnia 2013 r. o sygn. akt: KIO 1780/13.

W ocenie odwołującego faktycznym powodem zastrzeżenia oferty przez wykonawcę Doosan i wykonawcę Shanghai nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji weryfikacji oferty pod kątem zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący podniósł, że konsekwencją uchybień zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów powołanej ustawy pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad.

Odwołujący uznał, że wykonawcy Doosan i Shanghai uzasadniali utajnienie części oferty, w tym dokumentów objętych niniejszym odwołaniem, w sposób ogólnikowy, powołując się twierdzenie, iż stanowią one istotne z punktu widzenia działalności przedsiębiorstwa informacje, bez odniesienia się jednak w sposób szczegółowy do poszczególnych dokumentów. Tymczasem, podniósł odwołujący, jak podkreśla się w orzecznictwie, utajnienie informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie podlega ogólnym regułom interpretacyjnym, lecz każdy przypadek powinien być szczegółowo analizowany z uwzględnieniem okoliczności danego stanu faktycznego; zasadą jest, że ciężar wykazania, że dana informacja może zostać zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa leży po stronie wykonawcy dokonującego zastrzeżenia.

Odwołujący stanął na stanowisku, że stosując definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji na gruncie procedury udzielania zamówień publicznych należy skonfrontować ją z podstawowymi zasadami wyrażonymi w ustawie Pzp, tj. zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w kontekście konkretnego postępowania, w związku z czym definicję tę należy stosować w sposób zawężający, zachowując przy tym wysoki stopień ostrożności.

Wskazał, że zapatrywanie to pozostaje w zgodzie ze stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, m.in. w wyrokach z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C-438/04 Mobistar oraz w wyroku z dnia 14 lutego 2008 r., C-450/06 Varec, w których stwierdzono, że "Zasada informacji poufnych i tajemnic handlowych musi być tak stosowana by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowania praw do obrony stron sporu".

Podał, powołując się na wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2013 r. o sygn. akt KIO 1780/13: *wykonawca, przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien liczyć się ze wszystkimi jego konsekwencjami, tj. chociażby, że część z informacji - istotnych dla niego z subiektywnego punktu widzenia - ze względu na zasadę*

jawności zostanie udostępniona innym wykonawcom uczestniczącym w tym postępowaniu.

Na tej podstawie odwołujący stwierdził, że ocena zasadności zastrzeżenia w ofercie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powinna być dokonywana z uwzględnieniem przesłanek o charakterze obiektywnym, nie zaś subiektywnych twierdzeń wykonawcy w przedmiocie ich wartości ekonomicznej.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, pisma przystępującego Shanghai Electric Group Co. Ltd. z dnia 5 lutego 2014 r., pisma przystępującego Doosan Heavy Industries & Construction Co. Ltd. z dnia 5 lutego 2014 r., odpowiedzi zamawiającego z dnia 6 lutego 2014 r. na odwołanie, przedstawionego przez odwołującego na rozprawie wydruku ze strony internetowej Doosan (części przetłumaczonej na język polski) a także stanowisk stron i przystępujących zaprezentowanych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu się konsorcjum Hitachi przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia przez odwołującego szkody.

Zarzut zaniechania udostępnienia złożonego w ofercie wykonawcy Doosan „Zaświadczenia z krajowego funduszu emerytalnego” oraz „Zaświadczenia o płatnościach ubezpieczenia zdrowotnego i z tytułu długotrwałej opieki” w zakresie kwot wyszczególnionych w tych dokumentach nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że sam fakt, że dokumenty składane są w celu oceny spełniania przez danego wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nie przesądza o tym, że wyłączona jest możliwość zastrzeżenia w stosunku do informacji zawartych w tych dokumentach tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. Przypomnienia bowiem wymaga, że art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zakaz zastrzeżenia ogranicza jedynie do informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby w konsekwencji powyższego przyjąć należy, że prawo do weryfikacji przez innych wykonawców spełniania warunków przez danego wykonawcę samo w sobie nie przesądza o obowiązku automatycznego udostępnienia takich dokumentów przez zamawiającego.

W odwołaniu (str. 5 pkt 5) odwołujący wskazał, że specyfika wydawanych przez właściwe organy dla państwa siedziby wykonawcy Doosan dokumentów polega na tym, że nie zawierają wprost stwierdzenia o braku zaległości, ale zawierają wyszczególnienie wysokości składek – kwot do zapłaty i kwot zaległości (w przypadku Zaświadczenia z krajowego funduszu emerytalnego) oraz kwot faktury i kwoty zapłaconej (w przypadku Zaświadczenia o płatnościach ubezpieczenia zdrowotnego i z tytułu długoterminowej opieki).

Wobec braku w ww. dokumentach wprost stwierdzenia o braku zaległości, odwołujący za niezbędne uznał udostępnienie przez zamawiającego wyszczególnionych w tych dokumentach kwot, upatrując w tym wyłączny sposób na dokonanie weryfikacji istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy Doosan.

Skład orzekający Izby zapatrywania odwołującego nie podziela.

Zasadnym jest w tym miejscu przypomnienie, że postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego oparte jest na stosunku zaufania między instytucją zamawiającą a uczestniczącymi w nim podmiotami gospodarczymi. Odwołując się do wskazanego stosunku zaufania, w ocenie składu orzekającego Izby nie można zaakceptować, aby odmienny zakres informacji ujmowanych w dokumentach składanych przez wykonawców w tym samym celu (która to odmienność jest konsekwencją odmienności w regulujących dane kwestie przepisach w poszczególnych krajach), „przy okazji” uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu prowadził do ujawniania przez zamawiającego innych, dodatkowych informacji, które w dokumentach pozostałych wykonawców, ze względu na ww. odmienność, nie występują, a które posiadają wartość gospodarczą.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, uwzględniając sposób prezentacji danych w ww. dokumentach wykonawcy Doosan, że koniecznym, ale i wystarczającym sposobem na dokonanie przez odwołującego weryfikacji istnienia podstaw (albo braku podstaw) do wykluczenia wykonawcy Doosan na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp było:

- w przypadku Zaświadczenia z krajowego funduszu emerytalnego udostępnienie przez zamawiającego:
 - informacji identyfikujących podmiot – Tabela „Podstawowe informacje o zakładzie pracy”,
 - informacji o wysokości kwot w kolumnie „Zaległości” – Tabela „Informacje na temat sumy wpłaconych składek”,
 - informacji o czasie, którego zaświadczenie dotyczy – Tabela „Informacje szczegółowe na temat składek” kolumna pierwsza,
 - informacji co do daty wystawienia Zaświadczenia.
- w przypadku Zaświadczenia o płatnościach ubezpieczenia zdrowotnego i z tytułu długoterminowej opieki:

- o informacji co do daty wystawienia Zaświadczenia,
- o informacji identyfikujących podmiot,
- o informacji o czasie, którego zaświadczenie dotyczy,
- o informacji poświadczającej dokonanie płatności (uprzednio wskazanych kwot).

Wskazany wybór informacji zawartych w obu Zaświadczeniach nie narusza, ze względu na ich uniwersalny charakter, żadnych zasługujących na ochronę danych i zamawiający powinien odmówić ich ochrony i udostępnić pozostałym wykonawcom.

Zaniechanie przez zamawiającego tej czynności i tym samym naruszenie przez zamawiającego art. 96 ust. 2 i 3, art. 8 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania, ponieważ w dniu 5 lutego 2014 r. zamawiający informacje te udostępnił. Ze względu na przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie pozwala to składowi orzekającemu Izby na uwzględnienia odwołania.

Zarzut zaniechania udostępnienia złożonego w ofercie wykonawcy Doosan „Wykazu podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej” (Załącznik nr 8 do oferty) nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko przystępującego Doosan zgodnie, z którym lista przedsiębiorców należących w danym momencie do grupy kapitałowej przystępującego niesie ze sobą (nawet jeśli tylko pośrednio) informacje o jego aktywach i z tego względu stanowi informację posiadającą dla tego wykonawcy wartość gospodarczą.

Na podstawie informacji ujętych w przedstawionym przez odwołującego na rozprawie wydruku ze strony internetowej Doosan (części przetłumaczonej na język polski) ustalić można tyle tylko, że liczne, wskazane tam podmioty to podmioty z krajów, w których Doosan wspiera innowacje (zdanie "Dzisiaj Doosan wspiera innowacje w 38 krajach" poprzedza listę podmiotów) i z tego względu nie można uznać, że lista ta ma charakter listy podmiotów należących do grupy kapitałowej wykonawcy Doosan. W konsekwencji nie sposób uznać, że skład grupy kapitałowej wykonawcy Doosan, poprzez wskazanie na stronie internetowej podmiotów z krajów, w których Doosan wspiera innowacje, została ujawniona do publicznej wiadomości.

Odnosząc się do argumentu odwołującego (str. 6 odwołania), że w sprawozdaniach finansowych w ofercie Doosan wskazane zostały informacje dotyczące inwestycji dokonywanych przez spółki należące do tej samej grupy kapitałowej, skład orzekający wskazuje, uznając trafność argumentacji przystępującego Doosan, że choć sprawozdania te ujmują spółki należące do grupy, to jednak pomiędzy terminami sporządzenia zawartych w ofercie sprawozdań finansowych a terminem sporządzenia i złożenia przez wykonawcę

Doosan w ofercie Listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej upłynął taki czas, że zmiany, jakie zaszły w tym okresie, a nawet ich brak są nowymi informacjami niosącymi (nawet jeśli tylko pośrednio) informacje o stanie aktywów wykonawcy Doosan i z tego względu posiadającymi wartość gospodarczą.

Zarzut zaniechania udostępnienia złożonych w ofercie wykonawcy Doosan informacji bankowych (Załącznik nr 10 do oferty) – w zakresie kwot zawartych w tych informacjach nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby podtrzymuje aktualność poczynionej na wstępie rozpoznania pierwszego zarzutu uwagi, iż sam fakt, że dokumenty składane są w celu oceny spełniania przez danego wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nie przesądza o tym, że wyłączona jest możliwość zastrzeżenia w stosunku do informacji zawartych w tych dokumentach tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy.

Złożenie przez wykonawcę Doosan oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia niesie dla innych podmiotów, w tym uczestniczących w tymże postępowaniu innych wykonawców, informację, że wedle oceny Doosan na dzień składania ofert jego sytuacja finansowa pozwala mu ubiegać się o to zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu, w świetle postawionego przez zamawiającego wymogu (Część A dokumentu Instrukcja dla wykonawców i wymagania formalno-prawne pkt 13.1.3.3.) oznacza to, że sam wykonawca Doosan kwalifikuje siebie do grupy podmiotów, które posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 500 mln zł (lub równowartość tej kwoty w innej walucie).

Składane na potwierdzenie postawionego wymogu dokumenty, jako pochodzące od podmiotów trzecich - banków, mogą mieć różny sposób prezentacji informacji, tj. np. mogą podawać konkretne kwoty (jak w przypadku oferty Doosan), mogą także opisywać te kwoty w sposób, który pozwoli stwierdzić spełnienie wymogu, wszakże bez uzyskania informacji co do konkretnych kwot (np. mogą „ograniczać się” do podania kwot, poprzez wskazanie ile cyfr nań się składa, co może okazać się wystarczające dla oceny spełniania warunku).

Pozytywna weryfikacja danego wykonawcy pod kątem postawionego w danym postępowaniu wymogu w zakresie jego sytuacji finansowej przez inny niż wykonawca Doosan podmiot, tj. zamawiającego, uwiarygadnia ocenę własną tego wykonawcy wyrażoną, o czym była mowa powyżej, poprzez fakt złożenia oferty i w ocenie składu orzekającego Izby sama w sobie jest posiadającą wartość gospodarczą informacją o danym wykonawcy.

Stan środków finansowych znajdujących się na rachunku danego wykonawcy na dany dzień (skład orzekający Izby nie neguje oczywistej możliwości zmiany tej wysokości w niewielkiej perspektywie czasowej, np. w dniu następnym) jest informacją, która posiada

dla tegoż wykonawcy wartość gospodarczą, ponieważ obrazuje, choćby częściowo, jego zdolność finansową i pozostającą z nią w związku zdolność danego wykonawcy do angażowania się w różnorodne przedsięwzięcia w tym polegające na udziale w szczególności w postępowaniach przetargowych.

Przypomnienia wymaga, że żaden podmiot gospodarczy nie ma obowiązku informowania podmiotów trzecich o stanie swojego konta, są to informacje objęte tajemnicą bankową (tak też jest, co eksponował przystępujący Doosan w swoim piśmie z dnia 5 lutego 2014 r., w Korei Południowej). Znajduje to zresztą potwierdzenie w treści informacji bankowych złożonych przez wykonawcę Doosan – wyłącznym adresatem obu, wystawionych przez dwa różne banki listów jest zamawiający.

Ważąc prawo weryfikacji przez odwołującego spełniania przez wykonawcę Doosan warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz prawo wykonawcy Doosan do zapewnienia mu przez zamawiającego poufności stanowiących tajemnicę bankową informacji, biorąc pod uwagę sposób prezentacji informacji o wysokości środków finansowych, tj. podanie konkretnych kwot znajdujących się na rachunkach, a także biorąc pod uwagę informację płynącą z samego faktu uczestnictwa wykonawcy Doosan w przedmiotowym postępowaniu, a nadto informację, jaką odwołujący (i pozostali wykonawcy) pozyskają jeszcze od zamawiającego w wyniku badania sytuacji finansowej wykonawcy Doosan pod kątem postawionego wymogu, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zamawiający zasadnie nie udostępnił informacji w zakresie tych kwot, respektując tym samym prawo wykonawcy Doosan objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji posiadających dla wykonawcy Doosan wartość gospodarczą.

Zarzut zaniechania udostępnienia złożonego w ofercie wykonawcy Doosan „Wykazu wykonanych zamówień” (Załącznik nr 12 do oferty) wraz z dowodami potwierdzającymi, że zamówienia zostały wykonane w sposób należyty nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby podtrzymuje aktualność poczynionej na wstępie rozpoznania pierwszego zarzutu uwagi, iż sam fakt, że dokumenty składane są w celu oceny spełniania przez danego wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nie przesądza o tym, że wyłączona jest możliwość zastrzeżenia w stosunku do informacji zawartych w tych dokumentach tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy.

Skład orzekający Izby podziela zapatrywanie, iż dane o doświadczeniu zawodowym w sektorze prywatnym zasługują na ochronę, ponieważ są to informacje odnoszące się do kontaktów handlowych, jak również biznesowych wykonawcy.

W odwołaniu odwołujący zakwestionował dopuszczalność zastrzeżenia informacji

zawartych w „Wykazie wykonanych zamówień” (Załącznik nr 12 do oferty) wraz z dowodami określającymi, że zamówienia zostały wykonane w sposób należyty” z tego powodu, że: „Wykonawca nie podjął wystarczających kroków, w celu ochrony informacji zawartych w wykazie wykonanych zamówień jako tajemnicy przedsiębiorstwa” (str. 7), ponieważ informacje te „Wykonawca ujawnił częściowo w pkt 16 formularza ofertowego, gdzie wskazał podmioty udostępniające oraz zakres udostępnienia polegający na wykonaniu konkretnych zamówień (str. 7).

W ocenie składu orzekającego Izby fakt, że odwołujący, a także trzeci z wykonawców, ze względu na jawność informacji zawartych w pkt. 16 Formularza „Oferta”, pozyskali wiedzę co do podmiotu (Hamon Thermal Germany GmbH) i zakresu udostępnianego przez niego zasobu (kompletna chłodnia kominowa) nie przesądza o tym, że informacje zawarte w Wykazie i dokumentach potwierdzających należyte wykonanie zamówień winny podlegać udostępnieniu, ponieważ – co podnosił przystępujący Doosan – wiedza ta nie daje „konkretnych, miarodajnych i pełnych informacji na temat zakresu lub charakteru konkretnej wiedzy i doświadczenia zdobytego przez DHI podczas realizacji tych kontraktów”, a nadto ponieważ wiedza ta nie jest wystarczająca do ustalenia, „w jakim faktycznie zakresie Doosan, w tego typu projektach, musi korzystać lub korzysta z zasobów własnych, a w jakim – z połączenia zasobów własnych z zasobami obcymi”. W ocenie składu orzekającego Izby to te właśnie informacje – jako informacje stanowiące element zdolności do konkutowania - posiadają dla wykonawcy Doosan wartość gospodarczą i zasługują na ochronę, poprzez utrzymanie ich w poufności.

Skład orzekający Izby ustalił, na co wskazywał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (str. 10, ostatni akapit), że Świadczenia Wykonania Umowy (dokumentach potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w Wykazie zamówień) zawierają (rubryka: „Specyfikacje”) dodatkowe w stosunku do Wykazu informacje o charakterze technicznym i technologicznym.

Skład orzekający Izby stanął także na stanowisku, że fakt zaniechania przez zamawiającego udostępnienia informacji z Wykazu i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie w zakresie, w jakim informacje te powielają informacje zawarte w pkt. 16 Formularza „Oferta” nie ma wpływu na wynik postępowania, skoro są one już znane odwołującemu.

Ze względu na przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie pozwala to składowi orzekającemu Izby na uwzględnienia odwołania.

Zarzut zaniechania udostępnienia złożonego w ofercie wykonawcy Doosan „Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego” (Załącznik nr 3 do Kontraktu) w zakresie pozycji 156,176,179,180 i 184 w zakresie kolumny 2 nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania odmówił informacjom wskazanym w ww. pozycjach Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (dalej „HRF”) złożonego w ofercie Doosan wartości gospodarczej, ponieważ w ocenie odwołującego „stopień ogólności danych zawartych w harmonogramie oraz sposób ich prezentacji nie wskazują na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony know-how”, co oznacza, że „Brak jest (...) podstaw do uznania, że zastrzeżone dane (...) mają wartość na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenie ich kontroli ze strony pozostałych wykonawców” (str. 7).

Odnosząc się do poziomu „istotności” wartości gospodarczej informacji zastrzeżonych w HRF wykonawcy Doosan, skład orzekający Izby, za stanowiskiem przystępującego Doosan, wskazuje, że w świetle art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „poziom” wartości gospodarczej danej informacji nie ma znaczenia dla możliwości objęcia tej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa (skoro żadnego granicznego poziomu wartości tej informacji ustawodawca nie wskazał).

W Wytycznych do opracowania Załącznika nr 3 do Kontraktu (Wytyczne do opracowania Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego) zamawiający zażądał od wykonawców złożenie w ofercie zaparafowanej Części A tego harmonogramu, przy czym zaznaczyć należy, że HRF został przygotowany przez zamawiającego – złożenie zatem HRF oznaczało akceptację treści autorstwa zamawiającego, wspólnych dla wszystkich wykonawców. W kolumnie „2” HRF zamawiający ujął „Nazwę wykonanej części Przedmiotu Kontraktu (zdarzenia/czynności)”.

Podnieść należy, że ww. obowiązek został zmodyfikowany przez zamawiającego (odpowiedź nr 580), poprzez dodatkowe wymagania zawarte w poz. 185 – 189 HRF w ten sposób, iż zamawiający zobowiązał wykonawców do dopisania do danego, wcześniejszego zdarzenia (zdarzenia przewidzianego do wykonania wcześniej niż 56 miesięcy od daty wystawienia Polecenia Rozpoczęcia Prac) innego jeszcze zdarzenia, o ile wykonawca przewiduje jego zaistnienie (wykonanie) w dopuszczonych granicach, opisanych w poz. 185-189.

Przewidując takie zdarzenia, wypełniając obowiązek ich ujęcia, wykonawca Doosan poszerzył treść poz. 156,176,178,180 i 184 o wskazanie tych zdarzeń.

W ocenie składu orzekającego Izby wskazanie przez wykonawcę Doosan

w poz. 156,176,178,180 i 184 informacji o dodatkowych zdarzeniach jest informacją, która posiada wartość gospodarczą, ponieważ jest wynikiem przyjętej przez tego wykonawcę dla potrzeb realizacji tego konkretnego zamówienia organizacji prac (jest elementem know-how).

Jednocześnie ze względu na fakt, że zamawiający utajnił wszystkie informacje zawarte w poz. 156,176,178,180 i 184, a zatem także te, które stanowiły jedynie powielenie podlegających akceptacji informacji (treści) autorstwa zamawiającego, to skład orzekający Izby uznał, że w tym zakresie zamawiający naruszył przepis art. 96 ust. 2 i 3, art. 8 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił, że w poz. 156,176,178,180 i 184 wykonawca Doosan ujął wszystkie informacje, które stanowiły powielenie podlegających akceptacji informacji (treści) autorstwa zamawiającego, a informacje te jako narzucone przez zamawiającego są znane odwołującemu.

W konsekwencji skład orzekający Izby stanął także na stanowisku, że fakt zaniechania przez zamawiającego udostępnienia ww. informacji nie ma wpływu na wynik postępowania, co ze względu na przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, nie pozwala składowi orzekającemu Izby na uwzględnienia odwołania.

Zarzut zaniechania udostępnienia złożonych w ofercie wykonawcy Doosan dokumentów potwierdzających zawarcie umów ubezpieczenia (Załącznik nr 11 część B Kontraktu) nie zasługuje na uwzględnienie.

Kwestionowane przez odwołującego dokumenty, którym zamawiający nadał tytuł: Dokumenty potwierdzające zawarcie umów ubezpieczenia, wbrew tytułowi, nie zawierają informacji o umowach, w tym nazwach ubezpieczycieli, z którymi dany wykonawca zawarł umowy, ale wedle żądania zamawiającego są to Listy ubezpieczycieli, z którymi wykonawca przewiduje zawrzeć umowę ubezpieczenia, po podpisaniu Kontraktu z zamawiającym na realizację przedmiotowego zamówienia (Wytyczne do opracowania Załącznika nr 11 do Kontraktu).

W ocenie składu orzekającego informacja o kontrahentach wykonawcy w zakresie ochrony ubezpieczeniowej (ubezpieczycielach), z którymi wykonawca Doosan zamierza współpracować – z których usług zamierza korzystać, jest informacją, która posiada wartość gospodarczą, ponieważ dobór partnera umożliwiającego realizację zamówienia ma istotne znaczenie dla prawidłowej realizacji tego zamówienia, jak też może mieć znaczenie dla kolejnych zamówień, które przyjdzie realizować danemu wykonawcy.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że informacje o źródłach „ochrony ubezpieczeniowej” zamówienia (o podmiotach ubezpieczających) podobnie jak informacje

o źródłach zaopatrzenia (o podwykonawcach) mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zarzut zaniechania udostępnienia złożonych w ofercie wykonawcy Shanghai referencji (z wyjątkiem referencji spółki Hamon Thermal Germany GmbH) nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby podtrzymuje aktualność poczynionej na wstępie rozpoznania pierwszego zarzutu uwagi, iż sam fakt, że dokumenty składane są w celu oceny spełniania przez danego wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nie przesądza o tym, że wyłączona jest możliwość zastrzeżenia w stosunku do informacji zawartych w tych dokumentach tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy.

Nadto wskazać należy, że również fakt odtajnienia i udostępnienia informacji zawartych w Wykazie wykonanych zamówień nie przesądza automatycznie o obowiązku odtajnienia i udostępnienia wszystkich informacji zawartych w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie tych zamówień. O ile dokumenty te zawierają inne jeszcze, dodatkowe – nie ujęte w samym Wykazie informacje o charakterze technicznym lub technologicznym, nie będące częścią domeny publicznej, wobec których wykonawca podjął niezbędne działania niezbędne do zachowania ich w poufności, to w ocenie składu orzekającego Izby informacje te mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, tym bardziej w sytuacji, gdy odbiorcami zamówień nie są podmioty podlegające reżimowi zamówień publicznych, czy też objęte obowiązkiem ujawniania jakichkolwiek informacji do wiadomości publicznej.

Skład orzekający Izby, po zapoznaniu się z zastrzeżoną częścią oferty wykonawcy Shanghai w tym zakresie (str. 268-191 i 302-305), potwierdza ustalenia zamawiającego, tj. iż w dokumentach tych na ww. stronach zawarto dodatkowe informacje o charakterze technicznym lub technologicznym dotyczące wykonanych obiektów.

Skład orzekający Izby uznał także za wiarygodne wyjaśnienia wykonawcy Shanghai zawarte w „Uzasadnieniu zastrzeżenia tajności informacji zamieszczonych w tomie „Tajemnica Przedsiębiorstwa”” (Załącznik nr 16 do Formularza „Oferta”) oraz złożone na wezwanie zamawiającego przy piśmie z dnia 14 grudnia 2013 r., w których wskazał na podjęte kroki, tj. na zawarte ze swoimi współpracownikami umowy o zachowaniu poufności (przedstawiając zamawiającemu pisemne potwierdzenia zobowiązań podmiotów trzecich), czy podlegający ochronie obieg dokumentacji zawierającej informacje wrażliwe.

Zarzut zaniechania odtajnienia i udostępnienia złożonych przez wykonawcę Doosan i Shanghai dodatkowych wyjaśnień w zakresie zastrzeżonych dokumentów nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący upatrywał obowiązek odtajnienia i udostępnienia przez zamawiającego informacji zawartych w składanych przez tych wykonawców wyjaśnieniach w tym, iż same informacje zawarte w nieujawnionych częściach oferty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji nie uwzględnienia żadnego z poprzednich zarzutów oraz faktu, że zamawiający w dniu 5 lutego 2014 r. odtajnił korespondencję prowadzoną z wykonawcą Doosan i wykonawcą Shanghai w zakresie kwestii związanych z odtajnieniem części ofert objętych klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa skład orzekający Izby nie uwzględnił tego zarzutu.

Skład orzekający Izby w pełni podziela przy tym stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 7 czerwca 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1162/13, KIO 1170/13, zgodnie z którym „Dokumenty, które odnoszą się bezpośrednio do chronionej tajemnicy (chronionej informacji) powinny pozostawać utajnione, w przeciwnym bowiem razie ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa miałaby jedynie charakter iluzoryczny”.

Z powyższych względów skład orzekający Izby nie uwzględnił odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 126/14.

sprawa o sygn. akt KIO 153/14

W tym samym postępowaniu na *Budowę nowego bloku energetycznego Elektrowni Turów* odwołanie wniósł wykonawca – Doosan Heavy Industries & Construction Co. Ltd (odwołujący Doosan) wobec:

1. zaniechania udostępnienia mu informacji ujętych w ofercie złożonej przez konsorcjum w składzie: Hitachi Power Europe GmbH, Budimex S.A., Tecnicas Reunidas S.A., MHPS Europe GmbH (dalej: “konsorcjum Hitachi”), które konsorcjum to zastrzegło w swojej ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.
 - 1.1. zawartych w dokumencie stanowiącym Załącznik nr 6 do Kontraktu „Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu”,
 - 1.2. dotyczącej Maksymalnej mocy cieplnej kotła dostarczanej w paliwie przy Wydajności Trwałej podanej przez Zamawiającego (znajdującej się

w Załączniku nr 2B do Kontraktu, Tom II Wymagania techniczne, w Zeszycie 2.02. 3. Dane techniczne urządzeń i instalacji gospodarki ciepło-maszynowej (tabele do wypełnienia przez Wykonawcę). Tabela 3.1 Kocioł oraz instalacje pomocnicze kotła Punkt 3.1.1 Dane ogólne kotła. Podpunkt 5 Maksymalna moc cieplna kotła dostarczana w paliwie przy Wydajności Maksymalnej podana przez Zamawiającego max. 1037MWt.)

2. dodatkowych wyjaśnień lub uzupełnień złożonych przez konsorcjum Hitachi, a dotyczących ww. informacji i dokumentów.

Odwołujący Doosan zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 - 3, art. 86 ust. 4 i 5, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r, Nr 153 poz. 1503 ze zm.) [dalej: „UZNK”, poprzez brak udostępnienia oferty konsorcjum Hitachi w takim zakresie, w jakim oferta ta zawiera informacje objęte bezskutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu informacji i dokumentów dołączonych do oferty konsorcjum Hitachi.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad rządzących udzielaniem zamówień publicznych (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp), a możliwość zastrzeżenia przez wykonawcę pewnych informacji zawartych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) i ograniczenia dostępu do tych informacji (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp) stanowi wyjątek od tej zasady. Oceniał, że przepisy art. 8 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, podlegają wykładni ścisłej (powołał się przy tym na wyrok KIO z dnia 21 marca 2012 r. o sygn. akt KIO 457/12, wyrok KIO z dnia 5 marca 2012 r. o sygn. akt KIO 223/12; KIO 248/12; KIO 261/12, oraz wyrok KIO z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2308/10). Podniósł, że również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości stwierdza się, że odstępstwa od podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy interpretowany ściśle (wyrok TS z dnia 17 listopada 1993 r. w sprawie C-71/92 Komisja v. Hiszpania, punkt 36 uzasadnienia, wyrok TS z dnia 3 maja 1994 r. w sprawie C-328/92 Komisja v. Hiszpania, punkt 15 i 16 uzasadnienia, a także wyrok z dnia 2 października 2008 r., C-157/08, Komisja v. Włochy).

Przypomniał, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Odwołujący wskazał, że art. 11 ust. 4 UZNK określa, jakie przesłanki muszą wystąpić łącznie, aby określona informacja mogła zostać skutecznie uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. do tych niezbędnych przesłanek ustawodawca zaliczył:

1. charakter informacji - musi ona mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą,
2. niejawność informacji - to jest brak wcześniejszego ujawnienia informacji do wiadomości publicznej,
3. podjęcie aktów staranności w celu zachowania poufności danej informacji,

zaś niespełnienie którejkolwiek z nich skutkuje bezskutecznością zastrzeżenia z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Podał, że w wyroku z dnia 5 września 2001 r. (I CKN 1159/00) Sąd Najwyższy stwierdził, że na podstawie art. 11 ust. 4 UZNK nie można objąć tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze, a nadto, że jeśli wiadomość poufna stanie się faktycznie wiadomością publiczną, automatycznie znika obowiązek ochrony.

Odwołujący stanął na stanowisku, że konsorcjum Hitachi zastrzegło informacje, które nie były lub przestały być tajne, a także zastrzegło informacje takie, które można pozyskać na legalnej drodze, co dotyczy przede wszystkim, ale nie wyłącznie, następujących informacji:

1. danych, które konsorcjum Hitachi samo ujawniło w jawnej części oferty,
2. danych przygotowanych przez zamawiającego, oświadczeń lub zobowiązań o treści „narzuconej” przez zamawiającego.

Zdaniem odwołującego Doosan w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu znajdują się informacje, które konsorcjum Hitachi samo ujawniło w innym dokumencie oferty, tj. w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym stanowiącym Załącznik nr 3 do Kontraktu (w załączniku nr 15 do Oferty Konsorcjum Hitachi) - są to terminy wykonania danych zdarzeń i czynności składających się na Przedmiot Zamówienia. Odwołujący podkreślił, że jednocześnie informacje te stanowią odwzorowanie treści Kontraktu stanowiącego element SIWZ, co oznacza, że zostały przygotowane i narzucone przez zamawiającego. Ocenił, że informacje uzupełnione przez konsorcjum Hitachi i wpisane w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu nie mogą z tego względu stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa tego

wykonawcy.

Podniósł, że zamawiający szczegółowo i obszernie wyjaśnił, że SIWZ liczy kilka tysięcy stron - opisał Przedmiot Zamówienia oraz terminy i etapy jego realizacji, co doprowadziło odwołującego Doosam do wniosku, że nie stanowią zatem "know-how" wykonawcy ani jego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Stwierdził, że potwierdzeniem zasady jawności jest przepis art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, w związku z czym niedopuszczalna jest taka jego wykładnia, która prowadziłaby do ograniczenia zasady jawności. Przypomniął, że art. 86 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca nie może zastrzec informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji ani warunków płatności. Podniósł także, że z uwagi na fakt, że zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp), a art. 86 ust. 4 ustawy Pzp określa kategorie informacji, które bezwzględnie muszą pozostać jawnymi, to niedopuszczalna jest taka wykładnia, a także takie stosowanie art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, które prowadziłoby do ograniczania zasady jawności postępowania. Przypomniął, że termin wykonania zamówienia stanowi obligatoryjny element SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) oraz obligatoryjny element ogłoszenia o zamówieniu (art. 41 ust. 1 pkt 6, art. 48 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Podniósł, że pojęcia „informacje dotyczące terminu wykonania zamówienia” są zwrotem szerszym niż „termin wykonania zamówienia” i pojęć tych nie można - zgodnie z regułami interpretacyjnymi językowej wykładni prawa - utożsamiać.

Odwołujący Doosan podał, że zgodnie z treścią SIWZ Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu zawarty jest w Załączniku nr 6 do Kontraktu i obejmuje m.in. kluczowe terminy Realizacji Kontraktu. Zamawiający wyszczególnił tam szereg części Przedmiotu Kontraktu oraz niektóre terminy początkowe oraz końcowe wykonania/przekazania, przy czym wykonawcy mieli uzupełnić pozostałe z nich zgodnie z treścią Kontraktu oraz Części A i B Załącznika nr 3 do Kontraktu. Oceniał, że wypełnione przez konsorcjum Hitachi w Ramowym Harmonogramie Kontraktu są - w realiach tego konkretnego zamówienia - informacjami *bezpośrednio* dotyczącymi terminu wykonania zamówienia w rozumieniu art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Nadto wskazał, że informacje bezpośrednio dotyczące terminu wykonania zamówienia zawarte są również w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym (uznał, że na podobną naturę harmonogramu rzeczowo finansowego zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 lutego 2011 r. KIO 152/11, KIO 158/11).

Stanął na stanowisku, że w świetle postanowień SIWZ, Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu miał być spójny z terminami narzuconymi przez zamawiającego w Załączniku nr 3 do Kontraktu z uwzględnieniem różnicy terminów wynikających z niezbędnego czasu pomiędzy wykonaniem/przekazaniem danej czynności/zdarzenia a odbiorem danej czynności/zdarzenia. Wyjaśnił, że zasady odbiorów zostały określone

w Kontrakcie.

W odniesieniu do Maksymalnej mocy cieplnej kotła dostarczanej w paliwie przy Wydajności Maksymalnej Trwałej podanej przez zamawiającego, odwołujący wskazał, że informacja ta została podana przez zamawiającego i nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa (znajduje się w Załączniku nr 2B do Kontraktu, Tom II Wymagania techniczne, w Zeszycie 2.02. 3. Dane techniczne urządzeń i instalacji gospodarki ciepłomaszynowej (tabele do wypełnienia przez Wykonawcę). Tabela 3.1 Kocioł oraz instalacje pomocnicze kotła Punkt 3.1.1 Dane ogólne kotła. Podpunkt 5 Maksymalna moc cieplna kotła dostarczana w paliwie przy Wydajności Maksymalnej podana przez zamawiającego - max.1037 MW_t.

Podniósł, że zamawiający ma obowiązek weryfikacji dokonanej przez wykonawców zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp (uchwała SN z 21.10.2005, III CZP 74/05, OSNC 2006 Nr 7-8, poz. 122 oraz orzeczenia KIO np. z dnia 18 marca 2011 r. o sygn. akt KIO 447/11, KIO 449/11, KIO 452/11).

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, pisma przystępującego konsorcjum w składzie: Power Europe GmbH, MHPS Europe GmbH, Budimex S.A., Tecnicas Reunidas S.A. z dnia 6 lutego 2014 r., odpowiedzi zamawiającego z dnia 6 lutego 2014 r. na odwołanie, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu się wykonawcy Doosan przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia przez odwołującego szkody.

Zarzut zaniechania udostępnienia informacji zawartych w dokumencie „Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu” nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił (Wytyczne do opracowania załącznika Nr 3 – Załącznik Nr 3 do Kontraktu – Część C.2. SIWZ – odpowiedź nr 580), że w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym (dalej także HRF) – Część A, w kolumnie „Miesiąc odbioru danego zdarzenia/czynności” zamawiający wskazał dla wszystkich wyszczególnionych

zdarzeń/czynności (łącznie 193 pozycje) oznaczony cyfrą/liczbą miesiąc, w którym dane zdarzenie/czynność zostaną odebrane, przy czym miesiąc odbioru został policzony od daty wystawienia Polecenia Rozpoczęcia Prac.

Wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia w ofercie zaparafowanego Harmonogramu Rzeczowo-Finansowym – Część A, a zatem zostali zobowiązani do zaakceptowania w szczególności terminów (miesiąc) odbioru poszczególnych zdarzeń/czynności.

Skład orzekający Izby ustalił także (Wytyczne do opracowania Załącznika Nr 6 – Załącznik Nr 6 do Kontraktu – Część C.2. SIWZ – odpowiedź nr 659), że w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu (dalej także „RHRK”) zamawiający wskazał w kolumnie „Koniec/Wykonanie/Przekazanie” dla niektórych „Wyszczególnionych części Przedmiotu Kontraktu (zdarzenia/czynności)” oznaczony cyfrą/liczbą miesiąc tego Końca/Wykonania/Przekazania, przy czym miesiąc ten został policzony od daty wystawienia przez zamawiającego Polecenia Rozpoczęcia Prac. Wykonawcy zostali zobowiązani do wypełnienia zarówno kolumny „Start”, jak i kolumny „Koniec Wykonania/Przekazanie”. Zamawiający podał, że przygotowywany przez wykonawcę Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu musi w szczególności uwzględniać: fakt, że podpisanie Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji musi nastąpić nie później niż w ciągu 56 miesięcy od daty wystawienia przez zamawiającego Polecenia Rozpoczęcia Prac, terminy podania/udostępnienia mediów przez zamawiającego, późniejsze stworzenie szczegółowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu bez potrzeby korygowania Ramowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu, wszystkie kluczowe zdarzenia/czynności zachodzące w trakcie Realizacji Kontraktu, bazując na zapisach i wyszczególnionych zdarzeniach w Części A Załącznika nr 3 (czyli Harmonogramu Finansowo-Rzeczowego). Zamawiający zażądał także, aby RHRK był spójny z HRF.

W ocenie składu orzekającego Izby niezasadnym jest utożsamianie informacji, które podać mieli wykonawcy, poprzez wypełnienie kolumny „Start” i „Koniec Wykonania/Przekazania” w RHRK z informacjami już podanymi przez zamawiającego zawartymi w HRF, ponieważ w HRF zamawiający nie narzucił wykonawcom momentu początkowego (startu) wykonywania poszczególnych czynności (wspólnym dla obu harmonogramów „momentem początkowym” jest jedynie data wystawienia przez zamawiającego „Polecenia Rozpoczęcia Prac”). W konsekwencji nieuprawniony jest wniosek odwołującego (str. 4, pkt 8 odwołania), iżby konsorcjum Hitachi, pozostawiając jawnym Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (wszystkie informacje zawarte w tym dokumencie)

ujawniło jednocześnie informacje zawarte w RHRK.

W ocenie składu orzekającego Izby niezasadnym jest także przyjęcie, że podane przez zamawiającego informacje w szczególności co do terminu odbioru danej czynności i co do czasu trwania odbioru (10,21,30 dni) determinowały sposób wypełnienia RHRK, co doprowadziło odwołującego do wniosku, że w ramach przedmiotowego postępowania wykonawcy winni w taki sam sposób wypełnić RHRK, ponieważ te same terminy zakończenia wykonywania czynności i ten sam czas trwania odbioru, przy różnie przez poszczególnych wykonawców przyjętych terminach początkowych wykonywania tych czynności oznaczają różny czas wykonania tych czynności. Innymi słowy, czas potrzebny wykonawcy na wykonanie danej czynności determinował wskazanie przez tego wykonawcę początku (startu) jej wykonywania i w ocenie składu orzekającego Izby jako informacja organizacyjna dotycząca realizacji tego dedykowanego zamawiającemu przedmiotu zamówienia mogła zostać zastrzeżona.

W ocenie składu orzekającego Izby odpowiedź zamawiającego nr 214 („Przy sporządzaniu Załącznika nr 6 do Kontraktu (Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu) należy posłużyć się wymaganiami Zamawiającego zawartymi na stronach 26-32 Części C.2. SIWZ z uwzględnieniem odpowiedzi nr 15 i 16. Nie może więc to być *„projekt zgodnie ze swoją wiedzą i doświadczeniem”*”) oznacza tyle tylko, że wykonawcy przy przygotowywaniu RHRK związani są wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ i udzielonymi w toku postępowania wyjaśnieniami, co jednak nie oznacza, że zawartość RHRK została zdeterminowana przez dokument przygotowany przez zamawiającego, tj. HRF. Odwołujący pomija, że zapytanie, którego odpowiedź dotyczy odnosiło się do Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, nie zaś RHRK. O obowiązku akceptacji samego HRF była mowa wyżej (złożenia w ofercie zaparafowanego Harmonogramu Rzeczowo-Finansowym – Część A). W tym kontekście eksponowana przez odwołującego na rozprawie odpowiedź zamawiającego nr 13 nie wnosi, wobec wskazanego wymogu akceptacji HRF, nic nowego.

Skład orzekający Izby stanął nadto na stanowisku, że skoro zamawiający w pkt. „Termin realizacji przedmiotu zamówienia” Części A SIWZ Instrukcja dla wykonawców i wymagania formalno-prawne, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazał jeden termin, tj. termin maksymalny - nie później niż 56 miesięcy od daty wystawienia przez zamawiającego Polecenia Rozpoczęcia Prac (zamawiający wyjaśnił, że termin realizacji rozumie jako datę podpisania przez zamawiającego i wykonawcę Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji, liczony), to wystarczającym było podanie podczas sesji otwarcia ofert informacji dotyczącej tego jednego, rozumianego jak wyżej przez zamawiającego terminu

(liczba pojedyncza w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp – informacje o terminie, nie terminach). Zamawiający nie uchybił przy tym zasadzie równego traktowania wykonawców i podał podczas otwarcia ofert w przypadku wszystkich wykonawców jedynie ten termin.

Podanie przez zamawiającego informacji odnoszących się do ww. maksymalnego terminu wykonania zamówienia wyczerpuje zakres podlegających obligatoryjnemu ujawnieniu informacji.

Zarzut zaniechania udostępnienia Maksymalnej mocy cieplnej kotła dostarczanej w paliwie przy Wydajności Trwałej podanej przez Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że parametr, którego udostępnienia domaga się odwołujący to „Moc cieplna kotła dostarczana w paliwie przy Wydajności Maksymalnej Trwałej” (dalej także: „Maksymalna moc cieplna”) – tak został on wskazany w pkt. 3 Dane techniczne urządzeń i instalacji gospodarki ciepłno-maszynowej (tabele do wypełnienia przez Wykonawcę) ppkt 3.1. Kocioł oraz instalacje pomocnicze kotła 3.3.1 Dane ogólne kotła, Lp. 5 Wymagań technicznych zamawiającego Program Funkcjonalno-Użytkowy Tom II Wymagania techniczne Zeszyt 2.02 – Gospodarka ciepłno-maszynowa.

Skład orzekający Izby ustalił także, że na str. 1343 oferty konsorcjum Hitachi - 3.1. Kocioł oraz instalacje pomocnicze kotła. 3.1.1. Dane ogólne kotła, Lp. 5 Moc cieplna kotła dostarczana w paliwie przy Wydajności Maksymalnej Trwałej, kolumna „Wartość” została wypełniona.

Argumentem podniesionym w odwołaniu, przesądzającym wedle odwołującego o obowiązku udostępnienia parametru „Maksymalnej mocy cieplnej” wskazanej w ofercie konsorcjum Hitachi było podanie przez zamawiającego wartości maksymalnej tego parametru tj. max 1037 (kolumna „Wartość”) Mw_t (kolumna „Jednostka”).

Na rozprawie odwołujący wskazał dodatkowo, że domaga się ujawnienia tego parametru, ponieważ ma on wpływ na ocenę możliwości zastosowania innego parametru stanowiącego jedno z kryteriów oceny ofert, to jest kryterium „Sprawności bloku netto”.

Skład orzekający Izby ustalił, że wśród kryteriów oceny ofert (22.1. Kryteria Ofert i ich znaczenie, str. 48 Część A Instrukcja dla wykonawców i wymagania formalno-prawne”) zamawiający przewidział kryterium „Sprawność Znamionowa netto Bloku”, a nie „Sprawność bloku netto”, na co zwrócił uwagę na rozprawie zamawiający.

Odwołujący potwierdził także na rozprawie, że nie domaga się ujawnienia całego załącznika nr 2B do kontraktu, ale jedynie parametru „Maksymalnej mocy cieplnej”. Odwołujący, powołując się na treść SIWZ stwierdził, że wartość „Maksymalnej mocy cieplnej” powinna zostać wskazana jako wartość konkretna w ramach wartości maksymalnej.

W „Odpowiedzi Przystępującego na odwołanie” konsorcjum Hitachi podniosło, że w całym załączniku nr 2B podało „opis indywidualnych rozwiązań technicznych proponowanych i dobranych do potrzeb Zamawiającego, stanowiących informacje o technologii wykorzystywanej przez Przystępującego”, będący konsekwencją jego doświadczenia projektowego, know-how i wiedzy pozyskanej przy realizacji podobnych elektrowni, podkreślając że dysponuje najbogatszym spośród wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, udokumentowanym doświadczeniem w zakresie zaprojektowanych i zrealizowanych elektrowni na parametry nadkrytyczne, opalanych węglem brunatnym, a nadto, że w odróżnieniu od elektrowni opalanych węglem kamiennym, know-how i doświadczenie w zakresie realizacji elektrowni opalanych węglem brunatnym na parametry nadkrytyczne posiada bardzo ograniczona liczba wykonawców.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajności informacji zamieszczonych w tomie „Tajemnica przedsiębiorstwa” (Załącznik nr 17 do oferty) konsorcjum Hitachi oświadczyło, że utajnione informacje zawarte w ofercie nie były wcześniej wykorzystywane, prezentowane i podjęto wobec nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, wskazując na czym działania te polegały.

W ocenie składu orzekającego Izby argument podniesiony w odwołaniu, iż wartość „Maksymalnej mocy cieplnej” została podana przez zamawiającego (max. 1037 Mw_t) i z tego względu wartość podana przez odwołującego w ofercie (jako powielająca podaną już wartość) nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa (str. 6 odwołania, pkt 21) stoi w sprzeczności ze stanowiskiem wyrażonym przez odwołującego na rozprawie, tj. że wartość mocy cieplnej kotła dostarczana w paliwie, w świetle postanowień SIWZ, winna być wskazana przez wykonawców jako konkretna wartość w ramach wartości maksymalnej (podanej przez zamawiającego). Skład orzekający Izby zwraca także uwagę, że przyjęte w odwołaniu założenie o tożsamości wartości wskazanej przez wykonawcę z wartością wskazaną przez zamawiającego oznaczałoby w istocie, że odwołującemu wartość ta jest znana.

Skład orzekający uznał, że wartość parametru „Maksymalnej mocy cieplnej kotła dostarczana w paliwie przy Wydajności Maksymalnej Trwałej” jest elementem zaoferowanego przez konsorcjum Hitachi indywidualnego rozwiązania w szczególności co

do kotła i stanowi informację techniczną, powiązaną z innymi proponowanymi (również zastrzeżonymi) parametrami, determinującymi przewidzianą do zastosowania do realizacji zamówienia technologię. Skład orzekający Izby uznał za wiarygodne wyjaśnienia konsorcjum Hitachi co do faktu, iż informacja ta nie została ujawniona do publicznej wiadomości i podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Fakt zastrzeżenia tego parametru przez pozostałych dwóch wykonawców, w tym odwołującego, potwierdza zasadność ochrony tej informacji.

Zarzut zaniechania udostępnienia dodatkowych wyjaśnień lub uzupełnień złożonych przez konsorcjum Hitachi, a dotyczących informacji zawartych w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu” oraz informacji – Maksymalnej mocy cieplnej kotła dostarczanej w paliwie przy Wydajności Maksymalnej Trwałej nie zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji nie uwzględnienia dwóch poprzednich zarzutów oraz faktu, że zamawiający w dniu 5 lutego 2014 r. odtajnił korespondencję prowadzoną z konsorcjum Hitachi w zakresie kwestii związanych z odtajnieniem części ofert objętych klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa skład orzekający Izby nie uwzględnił tego zarzutu.

Skład orzekający Izby w pełni podziela przy tym stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 7 czerwca 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1162/13, KIO 1170/13, zgodnie z którym „Dokumenty, które odnoszą się bezpośrednio do chronionej tajemnicy (chronionej informacji) powinny pozostawać utajnione, w przeciwnym bowiem razie ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa miałaby jedynie charakter iluzoryczny”.

Z powyższych względów skład orzekający Izby nie uwzględnił odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 153/14.

Mając powyższe na względzie, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, wydając na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp, wobec zarządzenia przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2014 r. łącznego rozpoznania odwołań KIO 126/14 i KIO 153/14, orzeczenie łączne w tych sprawach.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....