

WYROK
z dnia 4 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2014 r. przez wykonawcę **Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 17 stycznia 13, 06-400 Ciechanów,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Mazowieckie, ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Ove Arup & Partners International Limited, 13 Fitzroy Street, WIT 4BQ Londyn, Wielka Brytania, reprezentowanego w Polsce przez Ove Arup & Partners International Limited Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce, ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 17 stycznia 13, 06-400 Ciechanów** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu;

2.1 zasądza od wykonawcy **Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 17 stycznia 13, 06-400 Ciechanów** na rzecz wykonawcy **Ove Arup & Partners International Limited, 13 Fitzroy Street, WIT 4BQ Londyn, Wielka Brytania, reprezentowanego w Polsce przez Ove Arup & Partners**

International Limited Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce,
ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset
złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień
publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego
doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do
Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego Województwo Mazowieckie w trybie przetargu nieograniczonego na: „Wykonanie usługi Inżyniera Kontraktu w ramach realizacji zadania pn. ”Budowa systemu energii odnawialnej - kolektory słoneczne w zakładach opieki zdrowotnej, dla których organem tworzącym jest Samorząd Województwa Mazowieckiego”, nr postępowania: NW-II.ZP.U.272.105.2013.MK.

I. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp lub Pzp), Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o. w Ciechanowie - odwołujący - wniósł odwołanie od niezgodnej, według odwołującego, z przepisami ustawy czynności zamawiającego, w związku z podjętą ponownie w dniu 30 kwietnia 2014 r. czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach powtórzenia czynności w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu:

1) nieprawidłowe przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia przez wykonawcę Ove Arup & Partners International Limited z siedzibą w Londynie, reprezentowanego w Polsce przez Ove Arup & Partners International Limited Spółka z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, zwanego „Ove Arup”, informacji o wykazie usług jako tajemnicy przedsiębiorstwa, doprowadzające w konsekwencji do niemożności weryfikacji prawidłowości oceny przez zamawiającego udzielenia zamówienia, a w efekcie do ograniczenia konkurencji i nierównego traktowania wykonawców.

Postępowanie zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1, 2 i 3, art. 86 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp, także art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Ove Arup;
- 2) uzupełnienia przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia przez wykonawcę Ove Arup informacji o wykazie usług, jako tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnienie/ujawnienie części oferty Ove Arup zawierającej dokumentację dotyczącą spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia;
- 3) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

oraz

- 4) dopuszczenie dowodów wskazanych w treści odwołania, jak również przedstawionych na rozprawie przed KIO;
- 5) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w całości, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację (tekst uzasadnienia przedstawiony z niewielkimi poprawkami).

W wyniku wyboru w dniu 1 kwietnia 2014 r. najkorzystniejszej oferty, odwołujący wniósł do Izby odwołanie (sygn. akt KIO 705/14), ponadto toczyły się sprawy z dwóch innych odwołań - sygn. akt 709/14 i sygn. akt 726/14. Zamawiający uznał w całości odwołanie wniesione w dniu 10 kwietnia 2014 r. przez odwołującego i zobowiązał się w piśmie z dnia 18 kwietnia 2014 r. (odpowieź na odwołanie w sprawie KIO 705/14) do przeprowadzenia postępowania w celu weryfikacji zastrzeżenia przez firmę Ove Arup tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 30 kwietnia 2014 r. zamawiający ponownie dokonał czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty Ove Arup), o czym zawiadomił odwołującego w dniu 5 maja 2014 r. Wcześniej, w dniu 29 kwietnia 2014 r., zamawiający zwrócił się do Ove Arup z prośbą o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (wykonawca Ove Arup dokonał zastrzeżenia w trybie art. 11 ust. 4 uznk w odniesieniu do wykazu usług).

Zamawiający uwzględniając zarzuty przedstawione w odwołaniu w sprawie KIO 705/14, zobowiązał się do przeprowadzenia badania zasadności utajnienia części oferty przez firmę Ove Arup, jednakże nie przedstawił wyników tego badania, przez co uniemożliwił odwołującemu odniesienie się do nich i przekazanie zamawiającemu istotnych informacji, które sprawiają, że żądanie utrzymania tajemnicy, w szczególności w stosunku do wykazu wykonanych robót, jak i referencji dotyczących tych robót, jest nieskuteczne oraz nie ujawnił (odtajnił) dokumentacji znajdującej się w ofercie, dotyczącej spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. III GZP 74/05), dopiero decyzja zamawiającego czyni dokumenty tajnymi, a nie sam fakt ich zastrzeżenia przez firmę składającą ofertę. Decyzja taka musi zostać podjęta jako efekt dokładnego zbadania, czy wszystkie przesłanki konieczne do utajnienia zostały spełnione oraz, czy to utajnienie nie spowoduje naruszenia reguł rządzących postępowaniami o udzielenie zamówień publicznych.

Odwołujący ponownie wskazał naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, 2, 3, art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Zacytował treść art. 11 ust. 4 uznk. Ponadto, wskazał art. 14 ustawy Pzp i uznał, że wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na podstawie odpowiednich regulacji Kodeksu cywilnego, w tym art. 5 - nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

W zaistniałej sytuacji, zamawiający - mimo zobowiązania do przeprowadzenia postępowania weryfikacyjnego w wyniku uznania odwołania wniesionego do KIO, mając świadomość zaistniałych wątpliwości w sprawie - ograniczył się do skierowania w dniu 29 kwietnia 2014 r. pisma do wykonawcy Ove Arup w przedmiocie zastrzeżonej części oferty jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Pismem z dnia 30 kwietnia 2014 r. Ove Arup powielił w zasadzie swoją poprzednią argumentację, a zamawiający bezkrytycznie ją przyjął.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby - indywidualne badanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie do każdego dokumentu (wyroki: z dnia 1.08.2008 r., KIO/UZP 745/08 oraz z dnia 5.03.2012 r., KIO 223/12, KIO 248/12, KIO 261/12); ocena łącznego spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 uznk, w tym charakter zastrzeżonej informacji - czy technologiczny, czy też inny (wyrok z dnia 31.03.2009 r., KIO/UZP 338/09).

Wskazał, że przepis art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiący wyjątek od zasady wynikającej z ust. 1, jest źródłem uprawnienia zamawiającego - ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak skorzystanie z tego uprawnienia ustawodawca ograniczył tylko do przypadków określonych w ustawie (...). Wymaga to podjęcia przez zamawiającego określonych badań - uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21.10.2005 r. III CZP 74/05.

Z dokumentacji postępowania NW-I-II.ZP.U.272.105.2013.MK. wynika, że zamawiający nie przeprowadził prawidłowej weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dokonanej przez wykonawcę Ove Arup w trybie art. 11 ust. 4 uznk.

Odwołujący podkreślił, że nie żądał odtajnienia wszystkich zastrzeżonych dokumentów bez wyjątku. Wskazał, że w ofercie mogą znajdować się informacje posiadające wartość gospodarczą. W SIWZ (art. 5 ust. 7 oraz art. 6 ust. 4) zamawiający zażądał, aby dokumenty przedstawiane przez oferentów w sposób jasny i oczywisty potwierdzały spełnianie warunków postawionych w SIWZ. Wątpliwości i obawy odwołującego dotyczą jedynie dokumentów w zakresie wiedzy i doświadczenia firmy Ove Arup i odtajnienia jedynie dokumentów dotyczących tego przedmiotu sprawy. Jednocześnie odwołujący zaznaczał

w korespondencji z zamawiającym, że interesują go one jedynie w takim zakresie, w jakim umożliwią potwierdzenie spełniania warunków SIWZ. Wszelkie informacje dotyczące tego, jakie podmioty udzielały referencji, cen za które wykonywano prace, czy inne informacje mogące mieć wpływ na przewagę konkurencyjną firmy Ove Arup, pozostają odwołującemu zbędne i odwołujący nie widzi przeszkód by usnąć je z kopii dokumentów, do których żądał dostępu.

Ocena zawartych w dokumentach informacji dokonana przez zamawiającego, nie tylko nie spełnia postulatów jawności postępowania i równego traktowania wykonawców, ale również pozostawia wątpliwości, co do swojej merytorycznej jakości, czego przykładem jest wcześniejsze błędne uznanie oferty ECM za ofertę spełniającą warunki.

Odwołujący podniósł, że najważniejszą kwestią, którą należy brać pod uwagę w procesie badania zasadności utajnienia dokumentów jest powszechna dostępność informacji w nich zawartych. Zgodnie z szerokim orzecznictwem SN (przykładowo wyrok z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00) odwołujący stwierdził, że informacje powszechnie dostępne nie mogą podlegać utajnieniu. Właściwie nieznanne w praktyce są przypadki, gdzie referencje, w tym fakt wykonywania usługi inżyniera kontraktu, czy przygotowywania PFU przez konkretną firmę, były tajemnicą. Niemożliwym jest, aby wszystkie referencje przedstawione przez Ove Arup charakteryzowały się taką cechą.

Kolejną kwestią jest konieczność kumulatywnego spełniania wszystkich przesłanek z uznk przez wszystkie zastrzeżone dokumenty. Najważniejszą z nich jest posiadanie przez informację „wartości gospodarczej”, czyli zapewnianie przez informację przewagi konkurencyjnej na określonym rynku, oraz podjęcie przed przedsiębiorcą działań mających na celu utrzymanie tajności tejże informacji. Nie można tych przesłanek traktować oddzielnie, muszą być one spełnione kumulatywnie.

W przepisach Światowej Organizacji Handlu przyjętych przez UE (Art. 39 Dz. U. UE L z dnia 23 grudnia 1994 r., dotyczących handlowych aspektów praw własności intelektualnej), odnoszących się do „wartości handlowej” informacji wskazano: „Osoby fizyczne i prawne będą miały możliwość zapobiegania temu, aby informacje pozostające w sposób zgodny z prawem pod ich kontrolą nie zostały ujawnione, nabyte lub użyte bez ich zgody przez innych, w sposób sprzeczny z uczciwymi praktykami handlowymi, tak długo, jak takie informacje:

- a. są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji;

- b. mają wartość handlową dlatego, że są poufne
- c) i poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności.

Odwołujący wskazał, że szczególną uwagę należy poświęcić punktowi b). Informacja zastrzeżona musi posiadać wartość z racji swojej poufności. Innymi słowy informacja taka musiałaby tę wartość utracić, jeżeli zostałaby podana do publicznej wiadomości. Doświadczenie firmy nie spełnia takiej przesłanki w żadnym wypadku, jest ono nabyte, niezmiennie oraz nienaśladowalne. Jedynym przypadkiem, w którym doświadczenie zmieniłoby swoją wartość po odtajnieniu byłoby utracenie możliwości wygrania przetargu przez Ove Arup, gdyż to doświadczenie okazałoby się niewystarczające.

Odnosnie kwestii zapewniania przez informację przewagi konkurencyjnej, to doświadczenie nie może stanowić podstawy do wyboru konkretnej oferty, a jedynie możliwość uczestnictwa w przetargu. W związku z tym doświadczenie nie zapewnia przewagi samo z siebie, a jedynie jego następstwo, jak na przykład możliwość lepszego zarządzania personelem skutkujące obniżeniem ceny jest ową przewagą. Naśladowanie takiego doświadczenia przez konkurencyjne podmioty nie jest możliwe, więc doświadczenie w rozumieniu prawa zamówień publicznych nie posiada „wartości gospodarczej”. Umożliwia ono start w przetargu, do którego firma nie miałaby dostępu bez określonego doświadczenia, natomiast w tym sensie doświadczenie jest zasobem firmy umożliwiającym wejście na określony rynek a niezapewniającym na nim przewagę konkurencyjną.

Odwołujący stwierdził, że argumenty podnoszone przez Ove Arup w wyjaśnieniu są absurdalne. Lista wykonanych kontraktów, czy listy referencyjne określające zakres wykonanych prac, nie mają absolutnie nic wspólnego z podnoszonymi w wyjaśnieniach „rynkami zbytu”. Są one informacją umożliwiającą zapoznanie się z doświadczeniem oferenta, aby sprawdzić jego zdolność do wykonania kontraktu o danych parametrach. Nie chodzi o kanały dystrybucji, metody pozyskiwania kontraktów, czy informacjach dotyczących zarządzania biznesem, które to faktycznie mogłyby stanowić o przewadze konkurencyjnej. Jak już podnoszono, doświadczenie w rozumieniu ustawy Pzp, nie może być naśladowane czy skopiowane, służy ono jedynie do poświadczenia zdolności oferenta do sprawnego wykonywania kontraktu o danych parametrach, a nie odnosi się do tego, w jaki sposób, przy użyciu jakich metod, wykonywał swoje obowiązki.

Odwołujący dodał, że możliwość prześledzenia historii działalności podmiotu nie tylko nie ma wpływu na przewagę konkurencyjną (w wypadku firmy Ove Arup), ale jest powszechnie dostępną informacją publiczną. Na oficjalnej stronie arup.com można uzyskać dostęp do

ponad 1.500 projektów, przy których pracowała ta firma. Nie ma możliwości twierdzenia, że utrzymuje ona swoją pozycję na rynku przez zachowanie ścisłej tajemnicy w tym zakresie.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie przeprowadził prawidłowo postępowania w przedmiocie weryfikacji poprawności zastrzeżenia w odniesieniu do konkretnych informacji tajemnicy przedsiębiorstwa i bezkrytycznie przyjął wyjaśnienia Ove Arup. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawca powinien wykazać, że zastrzegł poufność określonych danych w sposób uprawniony (wyrok Izby z dnia 19.07.2010 r. KIO/UZP/1400/10, KIO/UZP/1401/10).

Odwołujący powtórzył, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż Ove Arup nie miał podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dokumentów na podstawie, których ustala się spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Podkreślił, że informacje zawarte w dokumentach dotyczących spełniania warunków udziału nie zawierają danych, które spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk.

Efektom braku możliwości wglądu do pełnej dokumentacji jest niemożność weryfikacji przez odwołującego oceny spełnienia warunków udziału, dokonanej przez zamawiającego.

Jednak analiza strzępków informacji zawartych w korespondencji pomiędzy Ove Arup a zamawiającym, wskazuje kwestie wątpliwe i wymagające dalszego badania całości dokumentów dotyczących doświadczenia firmy Ove Arup. Przykładowo pomimo zawarcia w SIWZ wymogu, aby wszystkie dokumenty w sposób jasny i bezwzględny świadczyły o tym, że wykonywany kontrakt spełniał warunki postawione w SIWZ, zamawiający przyjmuje referencje takich informacji nieposiadających po lakonicznych wyjaśnieniach oferenta. Również pokrętnie tłumaczenia przez firmę Ove Arup, w których stwierdza, że panele postawione na budynku to jedno i to samo, co postawione bezpośrednio na gruncie poddają w wątpliwość przedłożone przez nią referencje. Wskazuje to na pewne niekompetencje w badaniu ofert i na olbrzymią wagę jawności postępowania dla zapewnienia jego właściwego przeprowadzenia oraz jak istotne jest, aby przeprowadzać je zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił przepis art. 5 Kodeksu cywilnego wskazując, że działanie lub zaniechanie uprawnionego sprzeczne z przepisem nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. W ocenie odwołującego czynność zamawiającego i wykonawcy Ove Arup w sprawie wyczerpuje również przesłanki tego przepisu.

Interes odwołującego w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianej ustawą Pzp przejawia się w tym, że gdyby zamawiający prawidłowo przeprowadził postępowanie wyjaśniające dotyczące zastrzeżenia dokumentów składających się na część oferty Ove Arup, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, mogłoby dojść do innego rozstrzygnięcia przetargu (możliwe, że zamawiający odrzuciłby ofertę tego wykonawcy, a odwołujący mógłby uzyskać zamówienie).

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący uznał, że jego stanowisko zasługuje na uwzględnienie.

II. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 maja 2014 r. wniesionej do Prezesa Izby faksem i pisemnie na posiedzeniu Izby z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Powtarzając żądanie odwołującego przedstawione w odwołaniu: nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Ove Arup; 2) uzupełnienia przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia przez wykonawcę Ove Arup informacji o wykazie usług jako tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnienie/ujawnienie części oferty Ove Arup zawierającej dokumentację dotyczącą spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia; 3) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - zamawiający stwierdził, że unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty Ove Arup, ponownie przeprowadzi postępowanie wyjaśniające, w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia przez wykonawcę Ove Arup informacji o wykazie usług jako tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajni części oferty Ove Arup zawierające dokumentację dotyczącą spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Powtórzy czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie zamawiający poinformował, że uwzględniając odwołanie wniesione przez tego samego wykonawcę w dniu 10.04.2014 r., wykonał wszystkie wnioskowane przez odwołującego czynności:

- w dniu 28.04.2014 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie;
- w dniu 29.04.2014 r. ponownie przeprowadził postępowanie wyjaśniające, w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia przez wykonawcę Ove Arup informacji w wykazie usług jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Po ponownej weryfikacji wyjaśnień wykonawcy komisja przetargowa podtrzymała decyzję o utrzymaniu dokumentów zastrzeżonych przez Ove Arup & Partners International Limited sp. z o.o. jako tajemnicę przedsiębiorstwa, o czym zamawiający poinformował odwołującego w e-mailu z dnia 05.05.2014 r.
- odwołujący nie wnosił o odtajnienie żadnej części oferty;
- w dniu 30.04.2014 r. powtórzył czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

III. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - Ove Arup & Partners International Limited 13 Fitzroy Street, WIT 4BQ Londyn, Wielka Brytania reprezentowana w Polsce przez: Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie - wniósł na podstawie art. 186 ust. 5 ustawy Pzp sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W uzasadnieniu sprzeciwu wykonawca przedstawił następującą argumentację.

1. Opis stanu faktycznego.

W toku badania i oceny ofert zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia okoliczności uzasadniających zastrzeżenie elementów oferty (tj. wykazu wykonanych usług), jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wezwał do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Przystępujący wyjaśnił, dlaczego wykaz wykonanych usług został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa i uzupełnił wykaz, zastrzegając uzupełnione dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dnia 1 kwietnia 2014 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Po wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołujący dnia 10 kwietnia 2014 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucał zamawiającemu:

1) zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia przez przystępującego informacji o wykazie usług jako tajemnicy przedsiębiorstwa, prowadzące do niemożności weryfikacji prawidłowości oceny przez zamawiającego udzielenia zamówienia, a w efekcie do ograniczenia konkurencji i nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia przez przystępującego informacji o wykazie usług jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący nie domagał się odtajnienia załączonego do oferty wykazu wykonanych usług pomimo tego, że w tym zakresie zamawiający przeprowadził już procedurę wyjaśniającą, w wyniku, której uznał tajemnicę przedsiębiorstwa za prawidłowo i skutecznie zastrzeżoną, o czym odwołujący w momencie wnoszenia odwołania wiedział.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2014 r. zamawiający uwzględnił odwołanie informując, że ponownie przeprowadzi postępowanie wyjaśniające w celu weryfikacji poprawności

zastrzeżenia przez przystępującego informacji o wykazie usług, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dnia 29 kwietnia 2014 r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia „przesłanek zastosowania klauzuli poufności” w kontekście spełniania wymogów, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o znk.

Dnia 30 kwietnia 2014 r. przystępujący złożył wymagane przez zamawiającego wyjaśnienia. Tego samego dnia zamawiający dokonał ponownej czynności badania i oceny ofert w wyniku, której za najkorzystniejszą uznał ofertę przystępującego.

Dnia 15 maja 2014 r. zamawiający przesłał przystępującemu kopię odwołania wniesionego przez odwołującego.

Pismem z dnia 27 maja 2014 r. zamawiający poinformował odwołującego o uwzględnieniu odwołania i wskazał, że ponownie przeprowadzi postępowanie wyjaśniające w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia przez przystępującego informacji o wykazie usług jako tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajni część oferty przystępującego zawierającej dokumentację dotyczącą spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

2. Okoliczności uzasadniające konieczność odrzucenia odwołania.

Przystępujący zacytował art. 182 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - terminy wniesienia odwołania.

Zacytował wyrok Izby z dnia 12 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1817/13 - brak podstaw do szczególnej formy dokumentowania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 Pzp - liczy się również od daty, od której obiektywnie, przy zachowaniu należytej staranności, było możliwe powzięcie informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (od daty podjęcia informacji przez wykonawcę), a nie tylko po dacie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wskazał, że podobnie orzekła Izba w wyroku z dnia 7 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 116/13; KIO 1170/13 - brak obowiązku informowania wykonawców o wynikach weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia określonych informacji w ofertach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym na etapie informowania o wynikach postępowania (art. 92 ust. 1 pkt 1-3 Pzp).

W wyroku z dnia 28 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2342/12; KIO 2351/12 wskazano - okoliczności, o których mowa w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowią negatywną przesłankę procesową, uniemożliwiającą rozpoznanie odwołania, co do jego meritum i tym samym ich zaistnienie skutkuje odrzuceniem odwołania.

Niezależnie od rozważań na temat początku biegu terminu na wniesienia odwołania na zaniechanie czynności odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica

przedsiębiorstwa (czy jest nim upływ terminu składania ofert, dzień odmowy udostępniania kopii danej części oferty czy też dzień, w którym zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej) i przyjmując najkorzystniejszy dla odwołującego wariant, że początkiem biegu tego terminu jest dzień, w którym dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej, przystępujący wskazał, że informację o podstawach do wniesienia odwołania na zaniechanie odtajnienia, odwołujący powziął dnia 1 kwietnia 2014 r. Świadczy o tym m.in. fakt, że odwołujący wniósł odwołanie w zakresie zastrzeżenia przez przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednakże w odwołaniu tym nie zarzucał zaniechania odtajnienia, pomimo tego, że wiedział już jaka była ocena zamawiającego w zakresie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący domagał się jedynie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, które zresztą, co podkreślił zamawiający uwzględniając odwołanie, było już przeprowadzone.

Zamawiający uwzględniając odwołanie poinformował, że ponownie przeprowadzi czynności zmierzające do wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia przez przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odwołaniu z dnia 15 maja 2014 r. odwołujący wskazał, że „Pismem z dnia 30 kwietnia 2014 r. Ove Arup powielił w zasadzie swoją poprzednią argumentację (...)”, co jednoznacznie potwierdza, że okoliczności stanowiące podstawę wniesienia odwołania na zaniechanie odtajnienia oferty przystępującego były znane odwołującemu już w momencie zapoznania się z treścią pierwszego wyjaśnienia, tj. najpóźniej w dniu 1 kwietnia 2014 r. (w dniu dokonania przez zamawiającego pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej).

W związku z powyższym przystępujący wniósł o odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

3. Okoliczności uzasadniające konieczność oddalenia odwołania.

Z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby Izba nie uwzględniła powyższej argumentacji, przystępujący podkreślił, że zamawiający prawidłowo przeprowadził ocenę zasadności zastrzeżenia przez przystępującego wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

Wskazał orzecznictwo - Izba podkreśla w wyroku z dnia 7 maja 2013 r., sygn. akt KIO 903/13: „Zamawiający, wdając się w spór, co do skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie, winien udowodniać nie swoją należytą staranność, ale udowodniać przed Izbą okoliczności przesądzające o kwalifikacji nieujawnianych przezeń informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 190 ust. 1 p.z.p.). Tak samo odwołujący winien wykazywać okoliczności przesądzające o niemożliwości kwalifikacji informacji, których ujawnienia się domaga, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie oceniać stopień staranności zamawiającego

przy badaniu powyższego. (...) W odniesieniu do przesłanki nieujawnienia informacji i podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności, można postulować poprzestanie na zwykłej deklaracji zastrzegającego tajemnicę wykonawcy - w przypadku oceny tego typu deklaracji jako wiarygodnej oraz przy braku dowodu przeciwnego, brak będzie podstaw, aby podawane w niej fakty zakwestionować. (...) Wynikające z wykazu i referencji dane na temat klientów, z którymi wykonawca utrzymuje związki biznesowe, a także na temat cen i przedmiotu dostaw mogą stanowić informacje posiadające wartość gospodarczą, które przedsiębiorca może objąć ochroną przed konkurentami. Wartość gospodarcza zastrzeżonych danych polega w tym przypadku chociażby na utrudnieniu przejścia klientów, czemu mogłaby służyć ich identyfikacja oraz uzyskanie informacji na temat polityki cenowej przedsiębiorcy wobec tych podmiotów.”

W wyroku z dnia 1 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 6/10 Izba uznała, że: „Dokumenty referencji z zasady są wystawiane w celu ich ujawnienia, jednak następuje to wyłącznie według woli danego podmiotu. Informacje o specyficznych rozwiązaniach technicznych opracowanych w odniesieniu do konkretnego zamówienia przedstawiają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy. Dane o charakterze handlowym tj. informacje o kontrahentach, źródłach zaopatrzenia, to dane, których poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawców.”

Przystępujący stwierdził, że informacje zawarte w wykazie wykonanych usług spełniają wszystkie trzy przesłanki uzasadniające skuteczne zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co zostało szczegółowo wyjaśnione w pismach przedstawionych zamawiającemu po wezwaniu do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Są to informacje dotyczące usług realizowanych na rzecz podmiotów prywatnych wskazujące na geograficzny zakres działalności przystępującego. Nie bez znaczenia jest okoliczność, jakie podmioty są odbiorcami usług i gdzie koncentruje się działalność przystępującego. Ponadto, wartość tych usług wskazuje na skalę działalności przystępującego, co jest niezmiernie istotne z punktu widzenia jego przewagi konkurencyjnej oraz zdolności do pozyskiwania zleceń o odpowiedniej skali. Również czas wykonywania tych usług wskazuje na rodzaj zaangażowania oraz zdolność do realizowania projektów o określonej wielkości w określonym czasie. Wszystko to powoduje, że informacje przedstawione w wykazie wykonanych usług spełniają również przesłankę nieujawniania do informacji publicznej. Przystępujący realizując poszczególne projekty podpisuje niejednokrotnie umowy, które uniemożliwiają prezentowanie zdobytego na ich podstawie doświadczenia do publicznej wiadomości, dlatego też wykaz wykonanych usług został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący kontestuje jedynie poprawność oceny zamawiającego, bez udowodnienia, że wykazane usługi nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z tym przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie wniesione w dniu 15 maja 2014 r. jest drugim odwołaniem pomiędzy tymi samymi stronami, przy udziale także tego samego wykonawcy, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W pierwszym odwołaniu, wniesionym w dniu 10 kwietnia 2014 r., odwołujący nie kwestionując wyboru najkorzystniejszej oferty (dnia 1 kwietnia 2014 r.) wykonawcy ECM Group Polska S.A. (ECM) przez wskazanie podstawy do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i/lub odrzucenia jego oferty, zarzucił zamawiającemu zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców ECM oraz Ove Arup w ich ofertach, dotyczącego wykazów wykonanych usług.

Zdaniem odwołującego, doprowadziło to do niemożności weryfikacji oceny czynności zamawiającego polegającej na udzieleniu zamówienia, a w efekcie do ograniczenia konkurencji i nierównego traktowania wykonawców, naruszając przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.

Oferty wykonawców - Ove Arup z początkową (po otwarciu ofert) 4. pozycją w rankingu ofert i ECM z początkową 2. pozycją, po wyeliminowaniu (wykluczeniu i uznaniu oferty za odrzuconą) z postępowania konsorcjum RB z najniższą ceną oferty z 1. pozycją oraz wykonawcy OTS IP z 3. pozycją - poprzedzały w rankingu ofert ofertę odwołującego znajdującą się pierwotnie na ostatniej, 5. pozycji wśród ofert złożonych w postępowaniu, a w wyniku badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej na 3. pozycji. Oferta ECM została wybrana jako najkorzystniejsza, oferta Ove Arup była drugą w kolejności.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu (pismo z dnia 18 kwietnia 2014 r.), mimo że weryfikację zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach, której zaniechanie odwołujący zarzucił w odwołaniu, przeprowadził przed wyborem oferty najkorzystniejszej (wykonawca Ove Arup - wezwanie do złożenia wyjaśnień w dniu 3 marca 2014 r., wyjaśnienia wykonawcy z dnia 5 marca 2014 r., wybór oferty

najkorzystniejszej wykonawcy ECM w dniu 1 kwietnia 2014 r., z utrzymaniem zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Ove Arup). Odwołujący, poza wnioskiem o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty przy braku zarzutu dotyczącego wyboru tej oferty oraz o nakazanie zamawiającemu powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty, żądał wyłącznie nakazania przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dotyczącej informacji zawartych w wykazach usług w ofertach wskazanych wykonawców. Nie żądał wyłączenia zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji (odtajnienia).

Wykonawca Ove Arup - uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - nie wniósł sprzeciwu wobec czynności zamawiającego, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze (postanowienie z dnia 28 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 705/14).

Zamawiający wykonując czynność, do której był zobowiązany w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, ponownie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień pismem z dnia 29 kwietnia 2014 r.

Wykonawca Ove Arup udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 30 kwietnia 2014 r. Po ocenie wyjaśnień wykonawcy, zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za zasadne.

W dniu 30.04.2014 r. zamawiający dokonał powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej, wybierając ofertę wykonawcy Ove Arup, drugą w kolejności została oferta odwołującego.

W wyniku odwołania wniesionego w dniu 15 maja 2014 r., w którym odwołujący ponowił ten sam sposób przedstawienia zarzutu, tj. nie zakwestionował czynności zamawiającego dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty i nie zarzucił naruszenia przepisów związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej (przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania i/lub odrzucenia jego oferty, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania - pozycję oferty odwołującego w rankingu ofert) lecz przedstawił zarzut nieprawidłowego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w celu sprawdzenia, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było zasadne, czy też nie.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu (ponownie w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez tego samego wykonawcę), przedstawiając w piśmie z dnia 27 maja 2014 r. stanowisko: w pierwszej części oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości, w dalszej zadeklarował wykonanie czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, jednocześnie wskazał w końcowej części pisma, że wykonał wszystkie wnioskowane przez odwołującego czynności w odwołaniu z dnia 10 kwietnia 2014

r., podkreślając, że odwołujący nie wniósł o odtajnienie żadnej części oferty (oferty Ove Arup obecnie wybranej).

Wykonawca Ove Arup, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec czynności zamawiającego, wnosząc też o odrzucenie odwołania, jako wniesionego po upływie ustawowego terminu, zgodnie z przedstawionym w sprzeciwie stanowiskiem lub o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, Izba uznała, że wobec spełnienia ustawowych wymagań skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, wykonawca Ove Arup stał się uczestnikiem tego postępowania po stronie zamawiającego, zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp (przystępujący).

Izba uznała też, zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego, że odwołujący powziął wiadomość o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, żądaniu od wykonawcy Ove Arup wyjaśnień w celu dokonania weryfikacji zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i udzielonych wyjaśnieniach wykonawcy, a w konsekwencji o ocenie zamawiającego utrzymującej klauzulę tajności informacji (nieodtajnienie) - w toku badania i oceny ofert, korzystając z udostępnionego wglądu do dokumentacji postępowania, które miało miejsce w dniu 20 marca 2014 r. oraz otrzymał pisemne potwierdzenie zamawiającego o nie udostępnieniu zastrzeżonych przez wykonawców informacji - w dniu 31 marca 2014 r. (pismo zamawiającego z dnia 31.03.2014 r.), a więc przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej. Po wyborze oferty, w dniu 2 kwietnia 2014 r., miał miejsce kolejny wgląd do dokumentacji postępowania (pismo odwołującego z dnia 02.04.2014 r.).

W wyniku wniesionego sprzeciwu, Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie odwołanie - zarzut nieprawidłowego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Ove Arup, w związku z czynnością wyboru oferty tego wykonawcy w dniu 30 kwietnia 2014 r.

Na rozprawie odwołujący przyznał, że wskazanie w odwołaniu naruszenia przepisu art. 86 ust. 4 Pzp nie jest właściwe, gdyż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie dotyczy tych elementów oferty, które zostały enumeratywnie wymienione we wskazanym przepisie.

Zamawiający wnosząc na rozprawie o oddalenie odwołania, wyjaśnił, że dwukrotnie badał i uznał zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Ove Arup, mimo uwzględniania zarzutów przedstawionych przez odwołującego w odwołaniach.

Izba badając z urzędu spełnienie przesłanki materialnoprawnej stanowiącej o posiadaniu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - czynne prawo korzystania ze środków ochrony prawnej, oceniła interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z przepisu wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia i jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub przewidywana szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp i pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem tych przepisów.

Izba oceniła legitymację odwołującego do wniesienia odwołania wyłącznie w granicach zarzutu podniesionego w odwołaniu, stosownie do art. 180 ust. 1 Pzp (odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy - zakres przedmiotowy odwołania), a zatem wyłącznie w odniesieniu do kwestionowania czynności nieprawidłowego przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego w dniu 30 kwietnia 2014 r. w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy Ove Arup.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, nie może jednak ponieść szkody w wyniku czynności zamawiającego polegającej na badaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy Ove Arup, nawet gdyby czynności były skutkiem naruszenia przepisów ustawy Pzp, gdyż czynności weryfikacji zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, skutkujące uchYLENIEM lub utrzymaniem zakazu ujawniania informacji zawartych w dokumentach/oświadczeniach (odtajnienie lub jego odmowa), nie skutkują żadnymi następstwami wobec wykonawcy i jego oferty, w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania i/lub odrzucenia jego oferty.

W przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w ustawie Pzp nie wskazano czynności, do jakich zamawiający jest zobowiązany, poza ograniczeniem dostępu do informacji tylko w przypadkach określonych w ustawie oraz nie ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o znk, o ile wykonawca dokona zastrzeżenia we właściwym czasie i zakresie (art. 8 ust. 2 i 3 Pzp).

Przepis art. 8 ust. 3 Pzp stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do

udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane. Wykonawca nie może przy tym zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. Zatem, pozostałe elementy oferty wykonawcy może zastrzec, o ile zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Również zastrzeżeniu mogą podlegać informacje składane zamawiającemu w toku postępowania, o ile można im przypisać walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Przy czym każdy wykonawca ma możliwość podjęcia czynności w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w swojej ofercie. W każdym z tych przypadków ocena zasadności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy, dokonywana jest indywidualnie w określonym zakresie i w odniesieniu do konkretnych danych w sprawie (m.in. wyrok Izby z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1498/10).

Czynności zamawiającego wynikają w szczególności z uchwały z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 Sądu Najwyższego, w której stwierdzono m.in., że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie *art. 96 ust. 4 ustawy* - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w *art. 96 ust. 4 tej ustawy*, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Sąd wskazał - na podstawie art. 82 ust. 3 Pr.z.p. treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeśli więc przejawem spełnienia wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia było udostępnienie przez oferenta informacji lub dokumentów, których może żądać zamawiający stosownie do regulacji zawartej m.in. w *§ 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. Nr 71, poz. 645) - [wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat dostaw lub usług, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy lub usługi te zostały wykonane należycie]*, to informacje te są elementem oferty w związku z treścią art. 82 ust. 3 Pr.z.p., bez względu na to, czy zostały objęte skutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania.

Zatem, skutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa mogą być objęte informacje lub dokumenty wymagane na podstawie przepisów w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy - wykaz wykonanych usług, informacje te są elementem oferty w związku z treścią art. 82 ust. 3 Pzp.

Izba wskazuje, że uchwała została podjęta w związku z pytaniem: "Czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający uprawniony jest do badania zasadności dokonanego przez oferenta - w trybie *art. 96 ust. 4 ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19 poz. 177)* zastrzeżenia informacji potwierdzających spełnienie przez niego warunków wymaganych specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, a w przypadku pozytywnego w tym względzie rozstrzygnięcia:

czy konsekwencją stwierdzenia bezzasadności takiego zastrzeżenia powinno być odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 1 wymienionej na wstępie ustawy?"

Sąd podjął uchwałę:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie *art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.)* - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Izba podzieliła ocenę przedstawioną w wyroku z dnia 31 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1151/13 i KIO 1164/13, dotyczącą zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez wykonawcę, o następującej treści: (...) „mimo, że w obszarze zamówień publicznych po podjęciu przez Sąd Najwyższy uchwały z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) ukształtowała się praktyka, zgodnie z którą zamawiający jest zobowiązany do zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy, to jednak przepisy ustawy nie statuuje takiego obowiązku. Zamawiający może zatem dokonując oceny zastrzeżenia oprzeć się na kwalifikacji własnej lub zwrócić się do wykonawcy z wykorzystaniem odpowiednio, w zależności od rodzaju zastrzeżonej informacji, art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 4 Pzp. Dostrzec trzeba jednak, że przywołane przepisy konstytuują uprawnienie, nie zaś obowiązek zamawiającego. Stąd zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie przyczyn zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi naruszenia przepisów ustawy.”

W kontekście powyższego należy uznać, że ocena zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonana przez zamawiającego nie może mieć wpływu na możliwość powstania szkody po stronie odwołującego, jeśli przedmiotem odwołania jest wyłącznie czynność zamawiającego

polegająca na badaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, czynność ta może jedynie uniemożliwić odwołującemu wgląd do informacji zastrzeżonych w ofercie.

Brak podważenia przez odwołującego wyboru oferty najkorzystniejszej, przesądza o braku kumulatywnego wystąpienia przesłanek legitymacji czynnej do wniesienia odwołania - obok interesu w uzyskaniu danego zamówienia, odwołujący nie może ponieść szkody w wyniku czynności zamawiającego. Sam zarzut nieprawidłowego przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego, nie może powodować unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i zmiany w kolejności ofert, wskazującej na uzyskanie zamówienia przez odwołującego, w sytuacji, gdy odwołujący nie podważył wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykazanie szkody, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, a więc drugiej kumulatywnie występującej przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia w interesie i na korzyść odwołującego, skutkiem czego możliwe byłoby zawarcie umowy z odwołującym (wyrok Izby z dnia 15 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1025/13; KIO 1047/13).

Stwierdzenie braku kumulatywnego spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, powoduje brak uzasadnienia merytorycznego rozpoznawania zarzutu odwołania.

Reasumując powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 Pzp.

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

Przewodniczący: