

**WYROK**  
z dnia 28 stycznia 2016 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **SGS Polska Sp. z o.o. z Warszawy oraz Firma Menadżersko-Konsultingowa KOLMEN Sp. z o.o. z Lublina** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z Warszawy**

- A. przy udziale wykonawcy **BBF Sp. z o.o. z Poznania**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. przy udziale wykonawcy **ECM Group Polska S.A. z Warszawy**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **SGS Polska Sp. z o.o. z Warszawy oraz Firma Menadżersko-Konsultingowa KOLMEN Sp. z o.o. z Lublina** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście tysięcy złotych zero groszy**) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **SGS Polska Sp. z o.o. z Warszawy oraz Firma Menadżersko-Konsultingowa KOLMEN Sp. z o.o. z Lublina** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **SGS Polska Sp. z o.o. z Warszawy oraz Firma Menadżersko-Konsultingowa KOLMEN Sp. z o.o. z Lublina** kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym:
- A. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **BBF Sp. z o.o. z Poznania** z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego,
- B. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Nadzór nad modernizacją linii kolejowej E59, odcinek granica woj. Dolnośląskiego - Czempień”, prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: SGS Polska Sp. z o.o. z Warszawy oraz Firma Menadżersko-Konsultingowa KOLMEN Sp. z o.o. z Lublina (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec zaniechania zamawiającego, polegającego na nie wyrażeniu zgody na wgląd do pełnej treści oferty złożonej przez BBF Sp. z o.o. z Poznania (dalej „BBF”), tj. wobec braku zapewnienia dostępu do informacji zawartych w ofercie tego podmiotu, wskazując, iż niejawną część oferty została zastrzeżona przez tego wykonawcę i zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7, polegające na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, skutkujące odmówieniem wglądu do pełnej treści oferty, w szczególności w zakresie referencji wykonawcy BBF, a tym samym nieuzasadnione uprzywilejowanie pozycji tego wykonawcy,
2. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „u.z.n.k.”), polegające na zaniechaniu udostępnienia informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez BBF, w szczególności w postaci załącznika nr 4 i 5 do IDW,
3. art. 86 ust. 1 i 96 ust. 3, polegające na nie udostępnieniu oferty BBF w pełnej treści z wszelkimi wymaganymi załącznikami niezwłocznie po otwarciu ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez wykonawcę BBF informacji i dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie załącznika nr 4 do IDW – potencjału kadrowego, wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca oraz, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, a w zakresie załącznika nr 5 do IDW – wykazu wykonanych przez wykonawcę usług w zakresie ostatnich 3 lat, a w konsekwencji nakazanie odtajnienia tych informacji i dokumentów.

Podał, że zamawiający wskazał w treści SIWZ, iż ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu (pkt 8.2.2.) nastąpi na podstawie przedstawionych przez wykonawcę dokumentów, o których mowa w punkcie 9.1.3., zgodnie z którym, w celu wykazania, iż brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania oraz, że wykonawca spełnia warunki udziału

w postępowaniu, każdy z wykonawców winien przedłożyć wraz z ofertą w szczególności Wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – głównych usług z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane (sporządzone zgodnie z Załącznikiem nr 5 do IDW) oraz załączyć dowody, czy zostały wykonane należycie. Dowodami tymi są: poświadczenie, oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej.

Odwołujący wskazał także, że jeżeli wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, zobowiązany był przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji wiedzy i doświadczenia na potrzeby wykonania zamówienia, a ponadto zobowiązany jest przedłożyć dokumenty dotyczące:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu złożono siedem ofert, z czego najkorzystniejsza w rankingu ofert, pod względem ceny, była oferta złożona przez wykonawcę BBF.

Odwołujący podał także, że dniu 27 listopada 2015 r. doszło do otwarcia ofert. Oświadczył, że oferta złożona przez BBF została ujawniona w niepełnej treści, nie przedstawiono bowiem pozostałym oferentom do wglądu oferty z wszystkimi wymaganymi załącznikami, w szczególności w zakresie referencji.

Odwołujący oświadczył nadto, że z uwagi na udostępnienie niepełnej treści oferty oraz uniemożliwienie pozostałym oferentom, w tym odwołującemu się wglądu do załączników oferty BBF odwołujący skierował do zamawiającego pismo z dnia 17 grudnia 2015 r. z wnioskiem o wyrażenie zgody na wgląd do pełnej (wraz z wymaganymi załącznikami) treści oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez BBF, na które, pismem z dnia 12 stycznia 2016 r., otrzymał odpowiedź – zamawiający ostatecznie nie wyraził zgody na wgląd do pełnej treści oferty, wskazując iż część oferty została zastrzeżona przez BBF i zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego zachowanie zamawiającego jest sprzeczne z przepisami art. 7 ustawy Pzp. Podniósł, że gdy chodzi o sposób prowadzenia postępowania, ustawodawca miał na myśli taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu

określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji, ponieważ w sposób nieuprawniony zamawiający traktuje wykonawcę BBF sp. z o.o., a to z tego powodu że utajnienie części oferty BBF nie ma podstaw prawnych w przepisach ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że powziął wiedzę o zastrzeżeniu przez wykonawcę BBF części dokumentów po zapoznaniu się z treścią oferty BBF oraz pismem zamawiającego z dnia 12 stycznia 2016 r.

Odmowa dostępu do dokumentów złożonych w postępowaniu przez BBF sp. z o.o. jest zdaniem Odwołującego, po pierwsze nie zgodna z przepisami ustawy, a po drugie może uniemożliwić Odwołującemu się uzyskanie zamówienia, który w rankingu ofert pod względem najkorzystniejszej ceny znajduje się na drugiej pozycji (za BBF).

Odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie jawności dokumentów, które dotyczą głównie referencji wykonawcy pozwala sądzić, iż dokumentacja ta nie spełnia warunków wymaganych przez zamawiającego, a określonych w SIWZ.

W ocenie odwołującego omawiana dokumentacja została bezpodstawnie utajniona przez BBF, gdyż w stosunku do tego rodzaju dokumentacji nie zachodzi przesłanka tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wskazał na obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasadę jawności postępowania, którą statuuje art. 8 ustawy Pzp.

Podał, że informacja o zamówieniach publicznych jest informacją publiczną w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t. j. Dz. U. z 2014 r. poz. 782 z późn. zm.), a celem zasady jawności jest zapewnienie wszystkim zainteresowanym zapoznania się z informacją znajdującą się m.in. w dokumentacji postępowania.

Przypomniał, że jawne jest przede wszystkim otwarcie ofert (art. 86 ust. 2 ustawy Pzp), a nadto, że jawność otwarcia ofert odnosi się do wszystkich zainteresowanych otwarciem, a nie tylko wykonawców i zamawiających.

Odwołujący podniósł, że zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie rozstrzygnie, iż utajnione informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k. do której odsyła art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Dodał, że zamawiający zobowiązany jest do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania ( za: uchwała Sądu Najwyższego z 21.10.2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 oraz wyrok KIO z dnia 31 grudnia 2012 r., KIO 2765/12).

Podniósł, że ograniczenie dostępu do informacji i dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą – zamawiający nie ujawnia informacji stanowiących tajemnicę

przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane, oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co oznacza że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie.

Przypomniał, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – ukształtowany w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek należy odczytywać, jako podjęcie przez wykonawcę niezbędnych działań w celu utrzymania niejawności złożonych informacji, co stanowi również wymóg konieczny z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. – do uznania, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa taką tajemnicę stanowią.

Jeżeli wykonawca nie złożył takiej informacji – kontynuował odwołujący – zamawiający nie ma podstaw do wzywania tego wykonawcy do składania informacji zawierającej wykazanie, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa i nie ma obowiązku zachowania poufności wskazanych w ofercie zastrzeżonych informacji.

Odwołujący stanął na stanowisku, że tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy Pzp nie są co do zasady dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że usługa została wykonana w sposób należyty. Podał, że w myśl stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00 *"zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć"*.

Uznał, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest wiedza, a także kwalifikacje, wykształcenie oraz naturalne umiejętności wykonawcy.

Zdaniem odwołującego zamawiający, po otwarciu ofert, powinien niezwłocznie przystąpić do weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i od wyników tej oceny uzależnić zakres udostępnionych innym wykonawcom dokumentów ofertowych.

Wedle przypuszczeń odwołującego do przedmiotowej weryfikacji nigdy nie doszło, mimo, iż zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i w każdym przypadku powinien indywidualnie badać, w odniesieniu do każdego dokumentu zawierającego informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, czy zachodzą przesłanki do objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, zwłaszcza że decyduje o tym treść, a nie nazwa dokumentu.

Odwołujący zarzucił także naruszenie art. 86 ust. 1 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp z tego względu, iż zamawiający odmówił (niezasadnie zdaniem wykonawcy) dostępu do

zastrzeżonych w treści ofert informacji zawartych w załączniku nr 4 do ID W oraz załączniku nr 5 do IDW, tj. w zakresie potencjału kadrowego, wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca oraz, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, jak również wykazu wykonanych przez wykonawcę usług w zakresie ostatnich 3 lat.

Stwierdził, że nieudostępnienie dokumentów jednego wykonawcy, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, innemu wykonawcy stanowi zaniechanie zamawiającego.

Na zakończenie odwołujący argumentował, że wykonawcom, w razie odmowy udostępnienia przez zamawiającego ofert po terminie ich otwarcia, przysługuje odwołanie, przy czym termin – wskazał odwołujący – na złożenie tego środka ochrony prawnej należy liczyć od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 25 stycznia 2016 r., *Pisma uczestnika postępowania* (pismo przystępującego BBF z dnia 27 stycznia 2016 r.), a także stanowisk stron i przystępującego BBF, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby uznał, że nie istniały podstawy do odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (z powodu wniesienia odwołania po terminie), ponieważ stanął na stanowisku, że termin na wniesienie odwołania rozpoczął swój bieg od zakończenia przez zamawiającego weryfikacji zasadności dokonanego przez przystępującego zastrzeżenia i powiadomienia o tej czynności odwołującego, co nastąpiło w dniu 12 stycznia 2016 r.

Skład orzekający Izby uznał, że złożone przez przystępującego BBF na rozprawie oświadczenia [z dnia 3 stycznia 2011 r. (M.K.) i 4 stycznia 2010 r. (A.P.)] były nieprzydatne, ponieważ oświadczeniami tymi nie dysponował zamawiający, weryfikując zasadność dokonanego przez przystępującego BBF zastrzeżenia niektórych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, stąd w konsekwencji nie mogły służyć ocenie prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na zaniechaniu udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych w załączniku nr 4 i 5 do Instrukcji dla Wykonawców informacji.



Zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp, polegającego na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie potwierdził się.

Odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp, twierdząc, że zamawiający jednego z wykonawców, tj. przystępującego BBF traktował w toku postępowania w sposób uprzywilejowany, co miało polegać na tym, że *„Utajnienie dokumentacji stanowiącej część oferty BBF sp. z o.o. nie ma podstaw prawnych w przepisach ustawy prawo zamówień publicznych”*.

Skład orzekający Izby uznał, o czym mowa poniżej w odniesieniu do zarzutu drugiego, że zachowanie w poufności części oferty przystępującego BBF było uprawnione.

W konsekwencji uznania, że zachowanie w poufności części oferty przystępującego BBF było uprawnione, skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby, za przystępującym BBF, zwraca nadto uwagę, że *„(...) również Odwołujący zastrzegł część swojej oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący zastrzegł załącznik nr 4 do IDW - potencjał kadrowy oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów - czyli dokumenty, których ujawniania żąda w złożonym odwołaniu. Uczestnik postępowania zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie oferty Odwołującego. W odpowiedzi Zamawiający udostępnił Uczestnikowi postępowania treść oferty Odwołującego, z wyłączeniem części zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem nie można mówić o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp poprzez uprzywilejowane traktowanie Uczestnika postępowania”*.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegającego na zaniechaniu udostępnienia informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez przystępującego BBF w szczególności w postaci załącznika nr 4 i 5 do Instrukcji dla Wykonawców nie potwierdził się.

Odwołujący sformułował zarzut zaniechania przez zamawiającego udostępnienia mu w szczególności załącznika nr 4 do Instrukcji dla Wykonawców (*Wykaz osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia*) i nr 5 (*Wykaz wykonanych przez wykonawcę usług w okresie ostatnich 3 lat*), a jednocześnie zażądał nakazania zamawiającemu udostępnienia odwołującemu – wyłącznie – ww. załączników.

W samym uzasadnieniu mowa była także o *„referencjach, które w postępowaniu o udzielenie mają szczególne znaczenie”*, o *„dokumentacji świadczącej o dotychczasowym*

*doświadczeniu wykonawcy „referencjach wykonawcy” (str. 5 odwołania) jednak stanowiło to jedynie opis sesji otwarcia ofert, a także działań własnych wykonawcy podjętych „u zamawiającego” po terminie składania ofert w celu uzyskania dostępu do informacji zastrzeżonych.*

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut, pomimo użycia zwrotu „w szczególności” odnosi się tylko do informacji zawartych w załączniku nr 4 i 5, nie zaś do informacji zawartych w innych zastrzeżonych częściach oferty przystępującego BBF.

Na wstępie skład orzekający Izby zwraca uwagę, że twierdzenie odwołującego jakoby *„Zastrzeżenie jawności dokumentów, które dotyczą głównie referencji wykonawcy pozwala sądzić, iż dokumentacja ta nie spełnia warunków wymaganych przez Zamawiającego, a określonych w SIWZ”* opiera się na nedorzecznym założeniu, że celem każdego wykonawcy zastrzegającego informacje służące wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu jest nie ich ochrona, ale uniemożliwienie innym uczestniczącym w tym postępowaniu wykonawcom ustalenia, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co czyniłoby przepis art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp niemożliwym do zastosowania w odniesieniu do takich informacji.

Odwołujący, odnosząc się do zastrzeżonej przez przystępującego BBF części oferty w postaci załączników nr 4 i nr 5 stwierdził, że *„Omawiana dokumentacja została bezpodstawnie utajniona przez BBF sp. z o.o., gdyż w stosunku do tego rodzaju dokumentacji nie zachodzi przesłanka tajemnicy przedsiębiorstwa”,* a nadto: *„Tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy p.z.p. nie są co do zasady dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że usługa została wykonana w sposób należyty”.*

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp *„Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.*

Oznacza to, że odwołujący, twierdząc, że w stosunku do tego rodzaju dokumentów jak wykazy: osób, którymi dysponuje wykonawca (załącznik nr 4) oraz wykonanych przez wykonawcę usług w zakresie ostatnich 3 lat (załącznik nr 5) winien to udowodnić.

Jednak odwołujący, mając wiedzę jakie rodzaje informacji (w jakich dokumentach) zostały zastrzeżone, swoje twierdzenia pozostawił gołosłownymi, poprzestając na nic nie wnoszących rozważaniach czysto teoretycznej natury, z którymi zresztą – na gruncie obowiązującego brzmienia art. 8 ustawy Pzp – nie sposób się nie zgodzić, a to, iż *„zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero*

w sytuacji gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie rozstrzygnie, iż utajnione informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa” (str. 7 odwołania), czy też, iż „zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie” (str. 7 odwołania).

Skład orzekający Izby w pełni podziela stanowisko odwołującego co do tego, że to „na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” (str. 7 odwołania).

Dostrzeżenia jednak wymaga, że obowiązek ten realizowany jest „przed zamawiającym”, który oceniając zasadność zastrzeżonych informacji (na podstawie uzasadnienia) udostępnia je albo odmawia ich udostępnienia pozostałym wykonawcom.

Natomiast w toku postępowania przed Izbą to na odwołującym się wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zamawiający – z naruszeniem przepisów – odmówił odwołującemu udostępnienia informacji zawartych w ofercie innego wykonawcy, tj. że zamawiający błędnie uznał, że wykonawca nie wykazał zasadności zastrzeżenia.

I chociaż skład orzekający Izby dostrzega ograniczenia w dowodzeniu przez odwołującego w przypadku, gdy odwołującemu nie jest znana treść uzasadnienia wykonawcy, który zastrzega informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, to odwołujący od obowiązku dowodzenia nie zostaje uwolniony.

W przedmiotowej sprawie podkreślenia wymaga, że odwołujący ani nie zarzucił zamawiającemu zaniechania udostępnienia uzasadnienia („Wyjaśnień zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”) złożonego wraz z ofertą przez przystępującego BBF, ani nie żądał jego udostępnienia.

Za całkowicie gołosłowne skład orzekający Izby uznał twierdzenie odwołującego, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający nie zweryfikował skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przez przystępującego BBF.

Odwołujący poprzestał na oczywistych i uniwersalnych wskazaniach, że „Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W każdym przypadku powinien indywidualnie badać, w odniesieniu do każdego dokumentu zawierającego informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, czy zachodzą przesłanki do objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, zwłaszcza że decyduje o tym treść, a nie nazwa dokumentu” (str. 8 odwołania).

Oceniając natomiast prawidłowość czynności zamawiającego, polegającej na ograniczeniu dostępu do informacji zawartych w załączniku nr 4 i nr 5 w ofercie przystępującego BBF w świetle złożonego przez tego wykonawcę wraz z ofertą

uzasadnienia (dokument „Wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”) skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 8 ustawy Pzp.

Ze względu jednak na zastrzeżenie przez przystępującego BBF samych informacji zawartych w uzasadnieniu jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (którego udostępnienia odwołujący się nawet nie domaga), skład orzekający Izby wskazuje jedynie, że przystępujący BBF, poprzez treść uzasadnienia i wskazane tam okoliczności (str. 58-63 ) wykazał, że informacje zawarte w załączniku nr 4 i nr 5 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji .

Zarzut naruszenia art. 86 ust. 1 i 96 ust. 3 ustawy Pzp, polegającego na nie udostępnieniu oferty BBF w pełnej treści z wszelkimi wymaganymi załącznikami niezwłocznie po otwarciu ofert skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Skład orzekający Izby wskazuje, że art. 86 ust. 1 ustawy Pzp brzmi: „Z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu otwarcia ofert”.

Postawiony przez odwołującego zarzut w żadnym razie nie dotyczy czynności zamawiającego sprzed terminu otwarcia ofert stąd zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisu art. 86 ust.1 ustawy Pzp jest oczywiście niezasadne.

Odwołujący postawił zarzut zaniechania udostępnienia przez zamawiającego oferty BBF w pełnej treści z wszelkimi wymaganymi załącznikami niezwłocznie po otwarciu ofert skład orzekający jako odrębny od zarzutu zaniechania przez zamawiającego udostępnienia bezpodstawnie zastrzeżonych przez przystępującego BBF informacji.

Podkreślić należy, że zgodnie z przepisem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, którego naruszenie odwołujący zarzucił zamawiającemu: „oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia”.

Uwzględniając wskazany, jako naruszony przez zamawiającego, przepis art. 96 ust. 3 ustawy Pzp i zarzut zaniechania niezwłocznego udostępnienia pełnej treści oferty przystępującego BBF, uznać należy, że odwołujący w istocie zarzucił zamawiającemu, że ten nie udostępnił pełnej treści oferty przystępującego BBF w terminie składania ofert, tj. w dniu 27 listopada 2015 r. (obowiązek udostępnienia „od chwili otwarcia”, a nie „od dnia otwarcia”).

Oferta przystępującego BBF nie została w całości udostępniona do dnia rozprawy, co oznacza, że z pewnością także w dniu 27 listopada 2015 r., kiedy to doszło do otwarcia ofert

nie została udostępniona w całości. Dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania udostępnienia pełnej treści oferty przystępującego BBF w dniu 27 listopada 2015 r. upłynął zatem w dniu 7 grudnia 2015 r. (art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp).

Ponieważ odwołanie zostało wniesione w dniu 18 stycznia 2016 r. skład orzekający Izby uznał, że zarzut został wniesiony po terminie i z tego względu pozostawił go bez rozpoznania (uznając jednocześnie – ze względu na objęcie odwołaniem dwóch innych jeszcze zarzutów – że odwołanie nie podlega odrzuceniu).

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania orzeczono o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) lit. a) oraz § 3 pkt 2) lit. b) 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:** .....