

Sygn. akt: KIO 1281/18

WYROK
z dnia 13 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych, ul. Powstańców Wlkp. 13, Trzeciewnica, 89-100 Nakło nad Notecią**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Przewozy Regionalne Sp. z o.o., ul. Wileńska 14A, 03-414 Warszawa, Oddział Warmińsko-Mazurski z siedzibą w Olsztynie, ul. Lubelska 46, 10-409 Olsztyn,**

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **SELUCH D. S., ul. Okrężna 12A, 86-120 Pruszcz, Rail Service Group Sp. z o.o., ul. Dąbrowska 13, Dąbrówka Wielka, 95-100 Zgierz**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu ujawnienie informacji, odnoszących się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **SELUCH D. S., ul. Okrężna 12A, 86-120 Pruszcz, Rail Service Group Sp. z o.o., ul. Dąbrowska 13, Dąbrówka Wielka, 95-100 Zgierz**, – tj. wykazu usług, sporządzonego na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ wraz z dokumentami referencyjnymi,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych, ul. Powstańców Wlkp. 13, Trzeciewnica, 89-100 Nakło nad Notecią**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od **Zamawiającego - Przewozy Regionalne Sp. z o.o., ul. Wileńska 14A, 03-414 Warszawa, Oddział Warmińsko-Mazurski z siedzibą w Olsztynie, ul. Lubelska 46, 10-409 Olsztyn**., na rzecz Odwołującego – wykonawcy **P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych, ul. Powstańców Wlkp. 13, Trzeciewnica, 89-100 Nakło nad Notecią**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2017 poz. 1579 ze zm.) 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

Zamawiający - Przewozy Regionalne Sp. z o.o., ul. Wileńska 14A, 03-414 Warszawa, Oddział Warmińsko-Mazurski z siedzibą w Olsztynie, ul. Lubelska 46, 10-409 Olsztyn, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie przeglądu czwartego poziomu utrzymania dla spalinowych zespołów trakcyjnych SA 133”. Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10.04.2018 r. pod numerem 2018/S 069-154132, a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 14 czerwca 2018 r. drogą elektroniczną Zamawiający udostępnił Odwołującemu część dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum SELUCH D. S., ul. Okrężna 12A, 86-120 Pruszcz, Rail Service Group Sp. z o.o., ul. Dąbrowska 13, Dąbrówka Wielka, 95-100 Zgierz, (dalej jako Rail Service) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując jednocześnie, że: *„Wykaz wykonanych usług Załącznik nr 6 do SIWZ wraz z referencjami został zastrzeżony jako „Tajemnica Przedsiębiorcy”. Zamawiający do momentu wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia „Tajemnicą Przedsiębiorcy” nie może przesłać ww. dokumentu”*.

W dniu 20 czerwca 2018 r., Zamawiający przekazał Odwołującemu drogą elektroniczną pismo datowane na 19 czerwca 2018 r., w którym wskazał, że uznaje zasadne ww. zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Od tej czynności w dniu 28.06.2018 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych jako

tajemnica przedsiębiorstwa przez konsorcjum Rail Service, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, iż ww. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- odtajnienia (ujawnienia) i niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez konsorcjum Rail Service,
- niezwłocznego zawiadomienia Odwołującego o dokonaniu powyższych czynności.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że w piśmie z dnia 19.06.2018 r., Zamawiający podał, że uznaje za zasadne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu usług wraz z referencjami przedłożonych przez konsorcjum Rail Service, argumentując, że

1. Podmioty konkurencyjne mogłyby na podstawie tych informacji pozyskać wiedzę na temat możliwości produkcyjnych, doświadczenia przedsiębiorstwa, a na podstawie cen wykonywanych usług mogłaby oszacować koszty wykonania zamówienia oraz przewidzieć politykę cenową. Zastrzeżone informacje mają więc dla firmy SELUCH wartość gospodarczą.

2. Informacje te wg. firmy nie zostały podane do wiadomości publicznej

3. Firma podjęła działania zabezpieczające w celu zachowania poufności.

Z uwagi na to, że zamówienie świadczył wykonawca jako podmiot niepubliczny na rzecz podmiotu niepublicznego, wykonawca nie chcąc ujawnić posiadanych kontaktów handlowych czy zakresu realizacji prac, może uczynić stosowne zastrzeżenie w sprawie ich poufności”.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie z wykazaniem, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, natomiast brak wykazania powoduje, że zastrzeżenie jest bezskuteczne. Wskazuje, że zasada jednoczesnego wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązuje także w przypadku zastrzegania dokumentów na późniejszym etapie postępowania, np. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podkreśla, że art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wymaga wykazania przez wykonawcę, iż zastrzeżone informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie tylko uzasadnienia. Podnosi, że rolą Zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazuje, że zgodnie

z orzecznictwem KIO „wykazanie” oznacza coś więcej niż tylko „wyjaśnienie” (uzasadnienie) przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Powołuje się na orzeczenia Izby, zgodnie z którymi wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest udowodnić, że informacje zastrzeżone posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa i zasługują na ochronę KIO 1538/15, 1548/15 i KIO 84/16).

Odwołujący podnosi, iż w niniejszej sprawie nie wiadomo na jakim etapie konsorcjum Rail Service złożyło pismo z uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa – czy miało to miejsce razem ze złożeniem zastrzeganych informacji, czy później. Wskazuje, że gdyby zostało złożone później, nie zostałyby dochowany obowiązek jednoczesnego wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Podnosi, że pismo Rail Service, mające zawierać wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa, nie zostało mu udostępnione, wobec czego należy uznać, iż też zostało ono zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, czego dopuszczalność jest wątpliwa.

Odwołujący podnosi, że konsorcjum Rail Service nie wykazało, że zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co wynika z argumentacji, przytoczonej w piśmie Zamawiającego z dnia 19.06.2018 r.

Wskazuje, że konsorcjum Rail Service miało podnieść, że zastrzeżone informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż: *„Podmioty konkurencyjne mogłyby na podstawie tych informacji pozyskać wiedzę na temat możliwości produkcyjnych”*. Zdaniem Odwołującego takie stwierdzenie, pomijając jego ogólnikowość i niekonkretność, nie przystaje do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy. Podkreśla, że zgodnie z § 6 ust. 2 SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu jest wykazanie, że wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jedną umowę na wykonanie przeglądu czynności czwartego poziomu utrzymania lub czynności piątego poziomu utrzymania spalinowego zespołu trakcyjnego (autobusu szynowego) o wartości brutto umowy/umów w ww. zakresie nie mniejszej niż: 1 000 000,00 PLN za każde Zadanie 1-2. Wywodzi z tego, że warunek doświadczenia w ogóle nie dotyczy wyprodukowania czegokolwiek, a tym samym nie dotyczy możliwości produkcyjnych wykonawcy, lecz wymaga wykazania się określonymi usługami. Odwołujący podnosi, że nie wiadomo, jak na podstawie informacji o wykonanych usługach, polegających na wykonaniu przeglądu czynności czwartego poziomu utrzymania lub czynności piątego poziomu utrzymania (czyli w uproszczeniu na wykonaniu przeglądu okresowego) spalinowego zespołu trakcyjnego (autobusu szynowego), można powziąć informacje na temat możliwości produkcyjnych konsorcjum Rail Service.

Dalej wskazuje, że konsorcjum Rail Service miało podnieść, że zastrzeżone informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż: „*Podmioty konkurencyjne mogłyby na podstawie tych informacji pozyskać wiedzę na temat (...) doświadczenia przedsiębiorstwa*”. Odnosząc się do powyższego wskazuje, że postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu jest jawny i dostępny dla każdego zainteresowanego, zatem jeżeli w wykazie usług wskazano usługi potwierdzające spełnienia ww. warunku, to już tylko na tej podstawie zarówno Odwołujący jak i każdy inny zainteresowany podmiot może stwierdzić, że konsorcjum Rail Service legitymuje się doświadczeniem w wykonaniu przeglądu czynności czwartego poziomu utrzymania lub czynności piątego poziomu utrzymania spalinowego zespołu trakcyjnego (autobusu szynowego) o wartości brutto umowy/umów w ww. zakresie nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN.

Wskazuje, że konsorcjum Rail Service miało podnieść, że zastrzeżone informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż: „*Podmioty konkurencyjne (...) na podstawie cen wykonywanych usług mogłyby oszacować koszty wykonania zamówienia oraz przewidzieć politykę cenową*”. Odwołujący wskazuje i podkreśla, że konsorcjum Rail Service jak i jego poszczególni członkowie regularnie składają oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie czynności różnych poziomów utrzymania spalinowych zespołów trakcyjnych (autobusów szynowych). Ceny oferowane zarówno przez konsorcjum Rail Service jak i jego poszczególnych członków są jawne, gdyż Zamawiający zamieszczają na swoich stronach internetowych informacje z otwarcia ofert a ponadto ceny oferty nie można w ogóle zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co jasno wynika z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Z tego Odwołujący wywodzi, że ceny oferowane aktualnie przez konsorcjum Rail Service jak i jego poszczególnych członków za czynności różnych poziomów utrzymania spalinowych zespołów trakcyjnych (autobusów szynowych) są dostępne dla każdego zainteresowanego i to przede wszystkim na ich podstawie można oszacować koszty wykonania zamówienia oraz przewidzieć politykę cenową. Podnosi, że bazowanie na historycznych danych zawartych w wykazie usług (konsorcjum Rail Service mogło się tam przecież powołać na usługi wykonane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert) jest nielogiczne i może być niebezpieczne dla podmiotów konkurencyjnych, gdyż koszty wykonania zamówienia jak i polityka cenowa nie są czymś stałym i niezmiennym. Wskazuje, że historyczne dane zawarte w wykazie usług zapewne nie obrazują już aktualnych kosztów wykonania zamówienia ani aktualnej polityki cenowej konsorcjum Rail Service. Ponadto podnosi, że podstawowym, zasadniczym, jawnym i łatwo dostępnym dla każdego zainteresowanego źródłem informacji o aktualnych kosztach wykonania zamówienia oraz

o aktualnej polityce cenowej konsorcjum Rail Service jak i jego poszczególnych członków są oferty aktualne składane przez ww. podmioty w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazuje, że konsorcjum Rail Service miało także podnieść, że „Zastrzeżone informacje mają więc dla firmy SELUCH wartość gospodarczą”. Podnosi, że konsorcjum Rail Service w żaden sposób tego twierdzenia nie uzasadniło i nie wykazało jego prawdziwości. Tymczasem, jak się podkreśla w orzecznictwie KIO, tajemnica przedsiębiorstwa musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakiś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Odwołujący podnosi, że w niniejszej sprawie konsorcjum Rail Service prawdopodobnie nie wyjaśniło Zamawiającemu, ani nie wykazało, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzeżone informacje pozostaną niejawne. W szczególności konsorcjum Rail Service nie wyjaśniło jaką wartość gospodarczą ma niejawnosc informacji na temat możliwości produkcyjnych czy doświadczenia przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego jest to zrozumiałe, gdyż zastrzeżony wykaz usług i referencje takich informacji po prostu nie zawierają (to odnośnie możliwości produkcyjnych), jak i że jakiegokolwiek wartości gospodarczej nie można w tym przypadku wykazać.

Zdaniem Odwołującego, konsorcjum Rail Service w żaden sposób nie wykazało, iż zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy są zapewnienia, iż podjęło ono działania zabezpieczające w celu zachowania poufności. Odwołujący twierdzi, że konsorcjum Rail Service nie przedłożyło żadnych dowodów w tym zakresie, potwierdzających, że relacje z odbiorcami usług z wykazu są poufne, że umowy zabezpieczone są odpowiednimi klauzulami bądź umowami o zachowaniu poufności. Podkreśla, że takie dowody powinny być złożone wraz z informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący dodaje, że nawet gdyby umowa o zachowaniu poufności była zawarta, to nie dowodzi to istnienia przesłanki posiadania wartości gospodarczej przez informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstw, wobec czego nie są wykazane wszystkie elementy tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Odwołujący argumentuje również, iż niezależnie od tego, iż jego zdaniem konsorcjum Rail Service nie wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to

zachodzą co najmniej uzasadnione podejrzenia, że ww. dokumenty i informacje zastrzeżone przez konsorcjum Rail Service w ogóle nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z tego wywodzi, że samo ich zastrzeżenie było i jest bezpodstawne.

W ocenie Odwołującego dokumenty i informacje zastrzeżone przez konsorcjum Rail Service nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też Zamawiający winien je odtajnić.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający wskazał, że w zastrzeżonym uzasadnieniu konsorcjum Rail Service miało stwierdzić, iż: *„Informacje te (tj. informacje zastrzeżone - przyp. Odwołującego) wg. firmy nie zostały podane do wiadomości publicznej”*. W opinii Odwołującego takie stwierdzenie budzi bardzo poważne wątpliwości co do jego prawdziwości. Warunek udziału w postępowaniu, którego spełnianie miał potwierdzać wykaz wykonanych usług wraz z załączonymi dowodami, wymagał wykazania się wykonaniem lub wykonywaniem, w okresie trzech ostatnich lat, co najmniej jednej umowy na wykonanie przeglądu czynności przeglądu czwartego lub piątego utrzymania spalinowego zespołu trakcyjnego o wartości umowy w ww. zakresie nie mniejszej niż 1 000 000, 00 zł.

Odwołujący argumentuje, w nawiązaniu do powyższego warunku, że w polskich realiach właścicielami spalinowych zespołów trakcyjnych (autobusów szynowych) i podmiotami zlecającymi wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania lub czynności piątego poziomu utrzymania spalinowego zespołu trakcyjnego (autobusu szynowego) są podmioty publiczne, tj. zamawiający w rozumieniu ustawy Pzp, którzy wykonanie takich usług zlecają w ramach udzielanych zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Odwołującego zachodzi bardzo duże prawdopodobieństwo, że usługi wskazane w zastrzeżonym wykazie usług zostały wykonane przez konsorcjum Rail Service, tudzież przez jego poszczególnych członków, w ramach realizacji zamówień publicznych. Wskazuje, że w takim przypadku zastrzeżone informacje nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są jawne i dostępne dla wszystkich zainteresowanych. Informacje o wybranych wykonawcach zamówień publicznych są zamieszczane m.in. w urzędowych, jawnych publikatorach, tj. w Biuletynie Zamówień Publicznych i w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Z kolei informacje o podwykonawcach i częściach zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, są standardowo żądane w ofertach składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia, a oferty te, zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, są jawne od chwili ich otwarcia. Co więcej, informacje na temat podwykonawców i zakresu pod wykonawstwa są standardowo zamieszczane w umowach

w sprawach zamówień publicznych. Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp umowy o zamówienia publiczne są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Wskazuje również, że informacja, czy w realizacji danego zamówienia brał udział podwykonawca i jaki był zakres jego podwykonawstwa niewątpliwie stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy o dostępie do informacji publicznej z dnia 6 września 2001 r. (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 1764 ze zm.). Odwołujący wywodzi z tego, że nie można uznać, aby informacje zawarte w zastrzeżonym wykazie usług czy referencjach mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż informacje obejmujące nazwę odbiorcy usługi, przedmiot usługi, termin realizacji oraz wartość, nie mają charakteru informacji kwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa i są dostępne publicznie. Odwołujący wskazuje również, że mając na uwadze powyższe, wątpliwości budzi stwierdzenie Zamawiającego, że *„Z uwagi na to, że zamówienie świadczył wykonawca jako podmiot niepubliczny na rzecz podmiotu niepublicznego, wykonawca nie chcąc ujawnić posiadanych kontaktów handlowych czy zakresu realizacji prac, może uczynić stosowne zastrzeżenie w sprawie ich poufności”*. Wskazuje, że przytoczone stwierdzenie Zamawiającego pozwala przypuszczać, że w zastrzeżonym wykazie usług konsorcjum Rail Service powołało się na doświadczenie uzyskane przez podwykonawcę zamówienia publicznego. Podnosi, iż rzeczywiście wykonawca zlecający podwykonawcy wykonanie całości albo części zamówienia publicznego nie działa jako zamawiający w rozumieniu ustawy Pzp, niemniej jednak informacje na temat podwykonawców i zakresu podwykonawstwa w zamówieniach publicznych są informacjami jawnymi i dostępnymi dla każdego zainteresowanego.

Odwołujący podnosi również, że samo stwierdzenie, że określone usługi zostały zrealizowane na rzecz podmiotu prywatnego, bez wątplenia nie stanowi wykazania przesłanek dopuszczalności zastrzeżenia, bowiem dochowane muszą być pozostałe warunki, w tym wykazanie wartości gospodarczej takich informacji.

Odwołujący podkreśla, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał. Zdaniem Odwołującego zaniechanie przez Zamawiającego zweryfikowania podstaw zastrzeżenia przez konsorcjum Rail Service wykazu usług wraz z referencjami stanowi poważne naruszenie przepisów ustawy Pzp, bowiem jest bardzo prawdopodobne, że zastrzeżone dokumenty i informacje nie zawierają żadnych informacji, które zasługiwałyby na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 10.07.2018 r. Odwołujący podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu.

Zamawiający w toku posiedzenia przed KIO w dniu 10.07.2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania podnosząc, iż jest ono w całości bezzasadne. Zamawiający podniósł również, że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, wobec wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w dniu 10.07.2018 r.

Zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego konsorcjum SELUCH D. S., ul. Okrężna 12A, 86-120 Pruszcz, Rail Service Group Sp. z o.o., ul. Dąbrowska 13, Dąbrówka Wielka, 95-100 Zgierz (dalej również jako Przystępujący) w dniu 9.07.2018 r. złożył pismo w którym wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i przytoczył argumenty na poparcie tego wniosku. Przystępujący wskazał, że umowa, której dotyczyły zastrzeżone jako tajemnica wykaz usług i referencje, nie była wykonywana w trybie zamówień publicznych, zaś wykonawcy zamówień publicznych nie są zobligowani do ujawniania podwykonawców. Podniósł także, że informacje zastrzeżone mają charakter handlowy, m.in. zawierają informacje o kontrahencie, zaś lista klientów może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto zawierają informacje o wartości, terminie, miejscu wykonania usługi oraz typie pojazdu, którego usługa dotyczyła. Z tego wywodzi, że inny podmiot, znając wartość wykonanej usługi, będzie mógł złożyć ofertę konkurencyjną do oferty Przystępującego, co pozbawi go klienta i możliwości uzyskania zlecenia. Ponadto poznanie wartości wykonanej usługi umożliwi ustalenie zasad kosztorysowania konsorcjum Rail Service poza rynkiem zamówień publicznych, jak również pozwoli na ustalenie, w jakich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego Przystępujący może składać ofertę. Odniósł to również do terminu wykonania usługi, którego znajomość umożliwi konkurencji ustalenie, w których postępowaniach publicznych będzie mógł się na to doświadczenie powoływać.

Przystępujący wskazał, że informacje te nie są publicznie dostępne, na co wskazuje również okoliczność, iż nie dysponuje nimi Odwołujący. Podniósł, że podjął środki dla zachowania poufności rzeczonych informacji, m.in. zawarł umowy o poufności i umowy zakazie konkurencji z pracownikami, których po trzy kopie każdej przedłożył wraz z pismem.

W toku rozprawy przed KIO Przystępujący podtrzymał stanowisko i przychylił się do stanowiska Zamawiającego w zakresie braku interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie oraz pismem zgłaszającego przystąpienie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego, iż Odwołujący nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania, wobec wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, jest niezasadne. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Bezspornym było, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający oraz Przystępujący kwestionowali natomiast możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności należy zważyć, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp określa, że odwołanie przysługuje nie tylko podmiotowi, który poniósł szkodę, ale także podmiotowi, który szkodę tę może ponieść. Nie budzi wątpliwości, że Odwołujący na chwilę orzekania szkody nie poniósł – jego oferta została bowiem wybrana jako najkorzystniejsza. Jednakże należy mieć na uwadze, że czynność wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, nie jest „prawomocna” – nie upłynął termin na wniesienie odwołania od tej czynności. W niniejszym postępowaniu nabiera to szczególnego znaczenia, albowiem oferta Odwołującego w rankingu ofert została sklasyfikowana na drugiej pozycji i wybrana została dzięki wykluczeniu z udziału w postępowaniu Przystępującego. Co więcej, wykluczenie Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia nastąpiło ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu – czego właśnie dotyczą informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, których zastrzeżenie jest kanwą odwołania. Zatem w sytuacji, w której np. Zamawiający unieważni czynność wykluczenia Przystępującego, Odwołujący może ponieść szkodę. W sytuacji bowiem, gdyby unieważnienie

czynności wykluczenia Przystępującego było autonomiczną decyzją Zamawiającego – Odwołujący mógłby wnieść odwołanie jedynie „w ciemno”, nie mógłby już bowiem żądać odtajnienia informacji będących podstawą wykluczenia Przystępującego - ze względu na upływ terminu na wniesienie odwołania od czynności uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Z kolei w sytuacji wniesienia przez Przystępującego odwołania od czynności wykluczenia, Odwołujący mógłby co prawda zgłosić przystąpienie do takiego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, jednakże z uwagi, że przedmiotem odwołania byłyby czynności oparte o informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, jego udział w postępowaniu oraz wpływ na jego przebieg byłby co najmniej ograniczony. Odwołujący mógłby nawet zostać wykluczony z udziału w rozprawie przed Izba, w przypadku wyłączenia jej jawności na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Izba uznała, że stwierdzenie, że Odwołujący nie może ponieść szkody na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego byłoby na tym etapie przedwczesne, co za tym idzie – nie można uznać, że Odwołującemu, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania. Powyższej oceny nie zmienia okoliczność, że istnieje linia orzecznicza KIO, zgodnie z którą wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie może dążyć do odrzucenia ofert znajdujących się na niższych pozycjach (np. wyrok z dnia 10.05.2016 r., KIO 643/16, z dnia 31.08.2016 r., KIO 1546/16). Okoliczności niniejszej sprawy są zgoła odmienne, zarzuty odwołania nie dotyczą zaniechania odrzucenia ofert niżej sklasyfikowanych, a niezasadnego uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Jak wskazano powyżej, Odwołujący nie będzie miał w późniejszym terminie możliwości skutecznego zareagowania na zaskarżoną czynność Zamawiającego. W tak ukształtowanej sytuacji faktycznej i prawnej, odebranie możliwości wniesienia odwołania od ww. czynności Zamawiającego skutkowałaby uniemożliwieniem skutecznej ochrony interesu Odwołującego. Decyzja taka pozbawiłaby Odwołującego możliwości wniesienia środka ochrony prawnej, pomimo istnienia potencjalnej szkody, co stałoby w niezgodzie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zgodnie z § 6 ust. 2 SIWZ wykonawca biorący udział w postępowaniu musiał wykazać, że spełnia następujący warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jedną umowę na wykonanie przeglądu czynności czwartego poziomu utrzymania lub czynności piątego poziomu utrzymania spalinowego zespołu trakcyjnego (autobusu szynowego) o wartości brutto umowy/umów w ww. zakresie nie mniejszej niż: 1 000 000,00 PLN za każde Zadanie 1-2. W przypadku umów niezakończonych, należało brać pod uwagę wyłącznie wartość umów w częściach faktycznie zrealizowanych.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum SELUCH D. S., ul. Okrężna 12A, 86-120 Pruszcz, Rail Service Group Sp. z o.o., ul. Dąbrowska 13, Dąbrówka Wielka, 95-100 Zgierz, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w § 6 ust. 2 SIWZ, złożył wykaz wykonanych usług oraz odpowiadające mu referencje. Powyższe informacje zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedłożonym wraz z ww. informacjami piśmie z dnia 8.06.2018 r., dla uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że dokumenty te zawierają informacje o relacjach gospodarczych łączących go z kontrahentem, na rzecz którego wykonał ww. usługę. Podniósł, że ujawnienie tych informacji, zwłaszcza dotyczących zakresu usług wykonywanych, może doprowadzić do poniesienia przez Przystępującego szkody. Podmioty konkurencyjne mogłyby na podstawie tych informacji pozyskać wiedzę na temat możliwości produkcyjnych, doświadczenia przedsiębiorstwa, a na podstawie cen usług wykonywanych na rzecz ww. klienta mogłyby oszacować koszty wykonania zamówienia oraz przewidzieć politykę cenową. Podmioty konkurencyjne, ubiegając się o te same co Przystępujący zamówienia, mogłyby wykorzystać wiedzę pozyskaną z zastrzeżonych informacji i w efekcie pozyskać zamówienie kosztem Przystępującego, co w oczywisty sposób oznaczałoby poniesienie przez niego szkody, zatem zastrzeżone informacje posiadają dla niego wartość gospodarczą. Wskazał, że przedmiotowe informacje nie zostały dotychczas ujawnione do wiadomości publicznej i podejmowane są niezbędne działania prowadzące do zachowania ich w poufności. Przystępujący podał, że dokumenty przechowywane są w zamkniętych pomieszczeniach, a w wersji elektronicznej – w zabezpieczonych hasłem komputerach, z kolei krąg pracowników i podmiotów zewnętrznych, którzy mają dostęp do umów, zamówień i faktur jest ograniczony do tych osób i podmiotów, którym informacje te są niezbędne do wykonywania ich pracy i tylko niezbędne informacje są im ujawnianie.

O udostępnienie dokumentów złożonych przez Przystępującego zwrócił się do Zamawiającego Odwołujący. Zamawiający udostępnił Odwołującemu większość ww. dokumentów, a ponadto pismem z dnia 19.06.2018 r. poinformował, że uznaje za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1,2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mające polegać na zaniechaniu odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez konsorcjum Rail Service, pomimo że konsorcjum Rail Service nie wykazało, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby zarzut ten zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Art. 8 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Do tajemnicy przedsiębiorstwa wprost odnosi się art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) (dalej jako uznk), przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się 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.

Mając na uwadze powołane powyżej przepisy, należy uznać, że Przystępujący zobowiązany był wykazać, że zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny bądź inny i posiadają wartość gospodarczą oraz że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji. Jak wynika z analizy art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – obowiązek wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, aktualizuje się w momencie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – co, *per analogiam*, należy odnieść do chwili składania również innych dokumentów, jeżeli zastrzeżenie obejmujące te dokumenty, nie zostało wcześniej złożone i wykazane. W orzecznictwie KIO jednoznacznie wskazuje się, że uzupełnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może nastąpić w terminie późniejszym ani na wezwanie Zamawiającego (por. np. wyrok z dnia 11.07.2017 r., KIO 1309/17, z dnia 22.05.2017 r., KIO 926/17, z dnia 10.10.2017 r., KIO 2028/17, z dnia 29.07.2016 r., KIO 1266/16). Mając na uwadze powyższe, analizie należy poddać uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone wraz z zastrzeżonymi informacjami, jako dokument, na podstawie którego Zamawiający podjął decyzję o uznaniu zastrzeżenia za zasadne.

Konsorcjum Rail Service w rzeczonym dokumencie z dnia 8.06.2018 r., wskazało, że zawiera on informacje o stosunkach handlowych z klientem, na podstawie których można ustalić jego możliwości produkcyjne, doświadczenie przedsiębiorstwa oraz przewidzieć politykę cenową. Podniósł, że ujawnienie tych informacji mogłoby doprowadzić do uzyskania przez konkurencję zamówienia „kosztem przedsiębiorstwa”, co oznaczałoby poniesienie szkody, zatem informacje te mają wartość gospodarczą. Wskazał także, że zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i podejmowane są niezbędne działania prowadzące do zachowania ich w poufności - tj. dokumenty przechowywane są w zamkniętych pomieszczeniach, wersje elektroniczne w zabezpieczonych komputerach natomiast krąg pracowników i podmiotów zewnętrznych które mają dostęp do umów, zamówień i faktur jest ograniczony a informacje ujawnianie są im tylko w niezbędnym zakresie.

W ocenie Izby Zamawiający bezpodstawnie uznał, że Przystępujący wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy wskazać, że art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi o wykazaniu – co oznacza coś więcej, niżli tylko ogólnikowe uzasadnienie decyzji o zastrzeżeniu informacji. Podmiot zastrzegający informacje powinien dołożyć starań, ażeby wiarygodnie wyjaśnić, dlaczego zastrzeżone informacje zasługują na ochronę należną tajemnicy przedsiębiorstwa. Twierdzenia w tym zakresie powinny zostać uprawdopodobnione

– i jakkolwiek nie jest koniecznym składanie dowodów - to sam wywód powinien być przekonujący, spójny, logiczny, uwzględniający charakterystykę postępowania i zastrzeżonych informacji. W żadnym wypadku nie może on opierać się na ogólnikowych stwierdzeniach, nie popartych szerszym wyjaśnieniem. Tymczasem uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedłożone przez Przystępującego ma taki właśnie ogólnikowy charakter i nie można uznać, ażeby zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa została wykazana.

Przystępujący nie wskazał w rzeczonym uzasadnieniu zastrzeżenia, w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych informacji umożliwi ustalenie jego „możliwości produkcyjnych”. Nie wyjaśnił również, dlaczego na ochronę zasługują informacje dotyczącą doświadczenia, w sytuacji gdy do doświadczenia odnosi się szczegółowo sformułowany warunek udziału w postępowaniu – co za tym idzie, z samej treści warunku i okoliczności złożenia oferty konkurencja może założyć, że w ocenie Przystępującego posiada on doświadczenie wymagane warunkiem. To samo odnieść należy do ceny wykonanej usługi i możliwości ustalenia polityki cenowej – co budzi tym większe wątpliwości, że zarówno opis wykonanej usługi zawarty w wykazie usług, jak i treść referencji również są lakoniczne i nie pozwalają na powzięcie szczegółowych informacji dotyczących usług świadczonych przez Przystępującego i ich cen. Wskazanie na wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji odnosiło się do możliwości złożenia przez konkurencję oferty korzystniejszej od oferty Rail Service, wobec uzyskania ww. informacji. Mając na uwadze stwierdzony brak wykazania, że ww. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sposób uznać, by wiarygodnym było twierdzenie o ich wartości gospodarczej, tym bardziej, że ono również miało charakter ogólnikowy. Uzasadnienie zastrzeżenia w zakresie środków prowadzących do zachowania poufności zawierało opis postępowania przedsiębiorcy, który można odnieść do większości informacji przetwarzanych w firmach. Standardem bowiem jest, że dokumentacja przechowywana jest w zamkniętych pomieszczeniach, komputery opatrzone hasłem i nie wszyscy pracownicy mają dostęp do wszystkich informacji. Tego wymagają chociażby przepisy dotyczące ochrony danych osobowych. Przystępujący nie powołał się np. na umowy z kontrahentami i pracownikami o zachowaniu danych w poufności. Brak związania umową o poufności klienta Przystępującego, na rzecz którego usługi były świadczone, w zasadzie mógłby zniweczyć inne przedsięwzięte środki - klient ten bowiem mógłby takie informacje powszechnie udostępnić.

Mając powyższe na uwadze, Izba doszła do przekonania, że uznanie przez Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za zasadne, stanowiło naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Przystępujący nie wykazał, ażeby zastrzeżone informacje posiadały cechy, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Na ocenę Izby nie wpływają wyjaśnienia złożone

przez Przystępującego w piśmie procesowym z dnia 9.07.2018 r. oraz dowody złożone wraz z nim – tj. umowy o zachowaniu poufności oraz umowy o zakazie konkurencji. Jak wskazano powyżej, obowiązek wykazania przez wykonawcę okoliczności uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powinien zostać zrealizowany wraz ze złożeniem zastrzeganych informacji, wobec czego Izba pominęła ww. dowody. Zamawiający zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zobowiązany jest ocenić na chwilę składania zastrzeganych informacji, zatem niedopuszczalne byłoby wzięcie ww. dowodów pod uwagę na obecnym etapie.

W odniesieniu do samych wyjaśnień Przystępującego, należy wskazać, że one również zawierają nowe okoliczności, nie podnoszone w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dopiero w piśmie z dnia 9.07.2018 r. Przystępujący wskazał, że sama nazwa klienta, dla którego wykonywał usługi również stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, która posiada wartość gospodarczą – przy czym nie wskazał w dalszym ciągu, ażeby z owym klientem zawarta była umowa o poufności, umowa taka nie została również przedłożona. Twierdzenia dotyczące bazy klientów pojawiły się dopiero w piśmie z dnia 9.07.2018 r., zatem również nie mogą być brane pod uwagę. Przystępujący powołuje się również na okoliczności, które nie znajdują odzwierciedlenia w treści omawianych dokumentów – wskazuje, że ujawnienie numeru pojazdu szynowego może narazić go na szkodę – natomiast w zastrzeżonych dokumentach numer pojazdu szynowego nie jest podany. Podobnie jak ww. dowody w postaci umów z pracownikami nie mogą być brane pod uwagę nowe twierdzenia Przystępującego o zawarciu tych umów. Co więcej, powołanie się na nie i przedłożenie ich dopiero w postępowaniu odwoławczym wskazuje na niedochowanie należytej staranności na etapie wykazywania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podsumowując, Izba stwierdziła naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 uznk.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie Zamawiający wraz z Przystępującym podnosili, że ewentualne stwierdzenie naruszenia ustawy Pzp pozostanie bez wpływu na wynik, wobec okoliczności, że oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza. W ocenie Izby nie można zgodzić się z tym twierdzeniem. Należy zważyć, iż przedmiotowa sprawa nie dotyczy wyboru oferty najkorzystniejszej czy wykluczenia

wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty – czy też zaniechania takich czynności. Przedmiotem odwołania jest naruszenie zasady jawności postępowania i powiązanych z nią przepisów, którego Zamawiający dopuścił się uznając za zasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez konsorcjum Rail Service. Nie budzi zaś wątpliwości, że naruszenie ww. przepisów może mieć wpływ na wynik postępowania, co potwierdza utrwalona linia orzecznicza KIO w tym zakresie (por. np. wyrok z dnia 13.10.2016 r., KIO 1835/16, z dnia 2.08.2013 r., KIO 1929/13). Ustalenia tego nie zmienia okoliczność, że jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Odwołującego. Jak wskazano powyżej w rozważaniach dotyczących interesu we wniesieniu odwołania, naruszenie zasady jawności postępowania i bezpodstawnie uznanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa może skutkować uniemożliwieniem Odwołującemu zweryfikowania oferty konkurencyjnej i wniesienia skutecznego środka ochrony prawnej bądź efektywną ingerencją w postępowanie odwoławcze, co niewątpliwie może mieć wpływ na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972). O zasądzeniu kosztów zastępstwa przed Izbą na rzecz Odwołującego Izba orzekła na podstawie przedłożonej faktury, zgodnie z § 3 ust. 2 pkt b rozporządzenia.

Przewodniczący: