

WYROK
z dnia 19 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Hitachi Power Europe GmbH, Budimex S.A., Tecnicas Reunidas S.A., MHPS Europe GmbH z siedzibą w Duisburgu (Niemcy)** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Belchatowie**.

przy udziale:

- A. wykonawcy **DOOSAN HEAVY INDUSTRIES & CONSTRUCTION CO. LTD z siedzibą w Gwigok-dong (Korea)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Shanghai Electric Group Company Limited z siedzibą w Szanghaju (Chiny)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Hitachi Power Europe GmbH, Budimex S.A., Tecnicas Reunidas S.A., MHPS Europe GmbH z siedzibą w Duisburgu (Niemcy)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Hitachi Power Europe GmbH, Budimex S.A., Tecnicas Reunidas S.A., MHPS Europe GmbH z siedzibą w Duisburgu (Niemcy)** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwecjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie, ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów - organizator postępowania: PGE Górnictwo i Energetyka Konwecjonalna S.A. Oddział Elektrownia Turów, ul. Młodych Energetyków 12, 59-916 Bogatynia, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę nowego bloku energetycznego w Elektrowni Turów” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907).

Dnia 21 listopada 2013 r. zamawiający przekazał odwołującemu - w formie faksu - informacyjne pismo przewodnie, w którym wskazał m.in., iż do pisma została załączona część jawna oferty złożonej przez Shanghai i część jawna oferty złożonej przez Doosan. Do pisma nie załączono jednak protokołu postępowania, ani skanu ww. ofert Oryginał pisma wraz z płytą DVD zawierającą skany ofert został doręczony odwołującemu w dniu 26 listopada 2013 r. Jednocześnie zamawiający poinformował odwołującego, iż rozpoczął badanie i ocenę ofert, w tym procedurę weryfikacji treści ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu w kontekście zasadności zakresu ograniczenia jawności ofert przez poszczególnych wykonawców (zakresu objętego tajemnicą przedsiębiorstwa). Zamawiający podał również, iż po zakończeniu tej procedury, niezwłocznie poinformuje odwołującego o jej wynikach i o ewentualnym udostępnieniu zakresu odtajnionej treści ofert.

Dnia 5 grudnia 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Hitachi Power Europe GmbH z siedzibą w Duisburgu 47059, Schifferstrasse 80, Niemcy (Lider Konsorcjum), Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 40, Tecnicas Reunidas S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania adres: Cl. Arapiles 13, 28015 Madryt, MHPS Europe GmbH z siedzibą w Duisburgu, 47059, Schifferstrasse 80, Niemcy (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą znk” - poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów złożonych wraz z ofertą Doosan Heavy Industries & Construction Co. Ltd. („Doosan”) oraz dokumentów złożonych wraz z ofertą Shanghai Electric Group Co., LTD („Shanghai”), jak również złożonych przez ww. wykonawców wyjaśnień, pomimo że

informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk,

- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez uniemożliwienie wglądu w treść oferty, w zakresie informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykonawcy Doosan i wykonawcy Shanghai i poddanie ich treści weryfikacji przez pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

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

ewentualnie:

- c) wyjaśnienia przesłanek decydujących o zastrzeżeniu informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawców Doosan oraz Shanghai

Zamawiający dnia 6 grudnia 2013 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania.

Dnia 9 grudnia 2013 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- 1) Doosan Heavy Industries & Construction Co. Ltd.,
- 2) Shanghai Electric Group Co., LTD.

Zamawiający, dnia 17 grudnia 2013 roku, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni odwołanie w całości.

Przystępujący Doosan Heavy Industries & Construction Co. Ltd., na posiedzeniu oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu, co do uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości.

Przystępujący Shanghai Electric Group Co., LTD, na posiedzeniu oświadczył, iż wnosi sprzeciw, co do uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający naruszył interes odwołującego w postępowaniu, ponieważ zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa elementów oferty uniemożliwia odwołującemu realizację podstawowego uprawnienia wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest prawo do kontroli prawidłowości czynności podejmowanych przez zamawiającego. W świetle orzecznictwa naruszenie zasady jawności skutkuje naruszeniem interesu w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp i może stanowić podstawę do skorzystania przez wykonawcę z przysługujących mu w tym zakresie środków ochrony prawnej. Ponadto, zaskarżone czynności zamawiającego naruszają zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także naruszają zasadę jawności postępowania, czego skutkiem może być wybór wykonawcy, który winien być wykluczony z postępowania, co może utrudnić lub uniemożliwić odwołującemu zawarcie umowy z zamawiającym. Oznacza to, że odwołujący w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Odwołujący podniósł, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Na zasadzie unormowania zawartego w art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny i podlega udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Z kolei przepis § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r., Nr 223, poz. 1458) stanowi, iż zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Udostępnienie musi nastąpić niezwłocznie po złożeniu wniosku. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy znk, aby informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa: po pierwsze - informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie - informacja nie może zostać ujawniona do wiadomości publicznej oraz po trzecie - podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Tym samym, sferą tajemnicy można objąć tylko takie informacje, które są znane jedynie poszczególnym osobom lub określonej grupie osób. Obszar ten nie może się rozciągać na informacje powszechnie znane lub te, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć. W szczególności nie można objąć tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które raz już ujawniono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (czyli zostały ujawnione do wiadomości publicznej). Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania, o której mowa w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp powinna być interpretowana w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Przy czym, podkreślenia wymaga, iż ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Potwierdza to również orzecznictwo KIO, w tym m.in. wyrok, w którym stwierdzono, iż *W ocenie Izby w przypadku wystąpienia przez Zamawiającego o wyjaśnienia to na wykonawcy, spoczywa ciężar wykazania zaistnienia przesłanek uprawniających wykonawcę do zastrzeżenia oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa* (wyrok KIO z dnia 09 marca 2012 r., 392/12).

Wykonawcy Shanghai i wykonawcy Doosan nie wykazali, iż zastrzeżona część ich ofert zawiera nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne,

organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony. Brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Wykonawca, który zamierza zastrzec część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa winien w zakresie niezbędnym i uzasadnionym przepisami prawa, wskazać wiadomości mające zostać poufnymi, a następnie na wezwanie zamawiającego w sposób pełny i precyzyjny odnieść się do każdego zastrzeżonego dokumentu lub do jego utajnionej części. Te wyjaśnienia winny być na tyle pełne, aby umożliwić zarówno zamawiającemu, jak KIO rozpatrującej ewentualne odwołanie w tym zakresie, odniesienie się do zastrzeżonych informacji.

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący stoi na stanowisku, iż utajnienie części oferty przez wykonawcę Shanghai i wykonawcę Doosan nastąpiło pomimo braku podstaw do skorzystania z tego prawa, a zamawiający niesłusznie uznał, że utajnienie oferty jest zasadne. Odwołujący kwestionuje zarówno merytoryczne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji zamieszczonych w tomie „Tajemnica Przedsiębiorstwa” wykonawcy Shanghai, jak i wykonawcy Doosan oraz samo objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa udzielonych wyjaśnień.

Wykonawca Shanghai zastrzegł w ofercie - w szczególności - następujące elementy jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

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

Zdaniem odwołującego wykonawca nie podjął wystarczających kroków, w celu ochrony informacji zawartych w wykazie wykonanych zamówień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Na potwierdzenie braku ochrony wykazu wraz z dowodami określającymi, że zamówienia zostały wykonane w sposób należyty jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący wskazał, że informacje te wykonawca Shanghai ujawnił częściowo w pkt 16 formularza ofertowego, gdzie wskazał podmioty udostępniające oraz zakres udostępnienia polegający na wykonaniu konkretnych zamówień.

Ponadto, mając na uwadze fakt, że wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku w postępowaniu zamówienia są zapewne znane konkurencji, gdyż na rynku istnieje zaledwie kilka podmiotów zajmujących się zaprojektowaniem i uruchomieniem kompletnego kotła, turbiny parowej czy generatora dla bloku energetycznego. Zamówienia te, co do zasady znane są pozostałym uczestnikom rynku. Zastrzeżenie tych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie ma zatem na celu ochrony informacji, dostępu do których wykonawca

Shanghai chroni, lecz uniemożliwienie innym wykonawcom weryfikacji zgodności wykazanych zamówień z warunkami określonymi przez zamawiającego. Szczególnie zakres przedmiotowy prac wskazanych w wykazie wykonanych przez wykonawca Shanghai zamówień winien być odtajniony. Takie stanowisko Odwołującego potwierdza wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2013 r., 1936/13, 1943/13, 1954/13, zgodnie z którym *z zastrzeżeniem prawa do utajnienia niektórych informacji, prawo to nie może uchybiać zasadzie jawności służącej najczęściej w praktyce umożliwieniu wzajemnej kontroli przez wykonawców konkurujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze, że istotą tej kontroli jest wzajemna ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w sprawie rozpoznawanej w szczególności warunków co do wiedzy, doświadczenia i dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Izba uznaje, że przy zachowaniu wyżej omówionego zakresu dopuszczalnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, niezasadne jest ograniczenie dostępu do treści wniosków i ich uzupełnień w części opisującej przedmiot i wartość prac oraz kwalifikacje osób mających wykonać zamówienie. Informacje te nie powinny być skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.*

Odwołujący pokreślił, iż niezasadne utajnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu narusza nie tylko zasadę jawności, lecz także uniemożliwia innym wykonawcom dokonanie weryfikacji zawartych w nich danych. Ponadto należy pamiętać, iż informacje zawarte w wykazie zrealizowanych zamówień, obejmujące dane dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości usługi/dostawy, terminu realizacji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk. Nieprawidłowość takiej praktyki - tj. zastrzegania wykazów usług bez wykazania, iż rzeczywiście zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa - dostrzegano wielokrotnie w wyrokach Krajowa Izba Odwoławcza, jak chociażby w wyroku z dnia 18 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 447/11, 449/11, 452/11, wyrok z dnia 7 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2255/11, 2260/11, 2283/11, czy też w orzeczeniu z dnia 23 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO 528/10, w którym uznano, iż *co do zasady informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, dat rozpoczęcia i zakończenia usługi, a także odbiorca nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa aby powyższe okoliczności zostały przez wykonawcę zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa, powinny zostać przez niego w sposób dostateczny uzasadnione.*

Wykonawca Doosan zastrzegł w ofercie - w szczególności - następujące elementy jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

- a) Załącznik nr 3 do oferty, tj. aktualny odpis z właściwego rejestru.

W przypadku dokumentu, w którym umieszczono informacje identyfikujące danego wykonawcę, niemożliwe jest wykazanie, że zaistniały kumulatywnie przesłanki statuujące

tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie są to informacje ustawowo chronione, a ich zakres wynika choćby z dokumentów rejestrowych wykonawcy. Taki dokument - wobec faktu bycia dokumentem urzędowym - jedynie potwierdza istnienie pewnego stanu faktycznego, nie mając cech ww. informacji. Ponadto, dokumenty urzędowe są jawne i każdy ma do nich dostęp. W konsekwencji, informacje zawarte w odpisie z właściwego rejestru nie mogą być uznane za informacje mogące być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wynika to z faktu, iż brak jest łącznego spełnienia ustawowych przesłanek - tj. posiadania przymiotu informacji technicznej, technologicznej, handlowej lub organizacyjnej przedsiębiorstwa, braku uprzedniego ujawnienia do wiadomości publicznej, podjęcia w stosunku do informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności.

- b) Załącznik nr 4 do oferty, tj. aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz załącznik nr 5 do oferty, tj. aktualne zaświadczenie właściwego oddziału ZUS.

Aktualne zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, a także aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - to dokumenty, które składa się w celu wykazania, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania (art. 24 ust. 1 ustawy Pzp). Z uwagi na umieszczenie przedmiotowych zaświadczeń wśród dokumentów, których może żądać zamawiający w celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, należy uznać, że zastrzeżenie przez wykonawcę nieudostępniania tych dokumentów narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na gruncie orzecznictwa KIO (m.in. wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2008 r., 772/08,) oraz Zespołu Arbitrów (wyrok ZA z 15 lutego 2005 r., 233/05 oraz wyrok ZA z 8 czerwca 2005 r. 1229/05) uznać należy, iż w każdym przypadku uczynienia przez wykonawcę zastrzeżenia odnośnie do informacji zawartych ww. zaświadczeniach jest ono bezskuteczne, a zamawiający jest obowiązany udostępnić te dokumenty innym podmiotom w całości.

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

Oferta wykonawcy Doosan została utajniona bezprawnie. Odwołujący przypuszcza, że faktycznym powodem zastrzeżenia informacji nie była potrzeba ochrony informacji

stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do utrudnienia konkurencji możliwości weryfikacji ofert lub innych dokumentów.

Już nawet na samych stronach internetowych można sprawdzić, jakie podmioty wchodziły w skład grupy kapitałowej Doosan. Wobec tego nie można uznać, że lista podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej tego wykonawcy jest tajemnicą, co oznacza, że nie została ujawniona do publicznej wiadomości. Informacje o członkach grupy kapitałowej Doosan można poznać między innymi z następującej strony internetowej: www.doosan.com.

Znaczenie dla oceny bezzasadności zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej co wykonawca Doosan ma fakt, iż w sprawozdaniu finansowym (strony 455 - 463 oferty Doosna) wskazywane są informacje dotyczące inwestycji dokonywanych przez spółki należące do tej samej grupy kapitałowej.

W konsekwencji, zastrzeżenie przez wykonawcę Doosan tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej było nieuprawnione, a dokumenty te powinny być udostępnione odwołującemu.

- d) Załącznik nr 10 do oferty, tj. informacje banku oraz załącznik nr 11, tj. część B - dokumenty potwierdzające zawarcie umów ubezpieczenia

Informacje zawarte w informacji z banku nie mają charakteru technicznego, jak i technologicznego. Nie stanowią one również informacji organizacyjnych i nie posiadają wartości gospodarczej. Zastrzeżone informacje de facto również nie dają miarodajnych informacji o sytuacji finansowej danego podmiotu. Informacja z banku odnosi się do posiadanych na danym rachunku środków finansowych, przy czym ich wysokość w poprzednim lub kolejnym dniu mogła już być zupełnie inna. Poza tym nie muszą być to wszystkie środki finansowe posiadane przez dany podmiot, gdyż częstą praktyką jest, że przedsiębiorcy posiadają więcej rachunków bankowych. Podobnie w przypadku zdolności kredytowej czy otwartej linii kredytowej - ocena banku, jak i kwota niewykorzystanych środków w ramach linii kredytowej również mogą ulegać zmianie. Co więcej - wykonawcy często zwracają się do banku o informację o zdolności kredytowej tylko w zakresie minimalnej wymaganej przez zamawiającego, a ich realna zdolność może być znacznie wyższa. Stanowisko Odwołującego poparte jest m.in. orzeczeniem KIO z dnia 8 sierpnia 2008 r., 772/08 oraz wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r., 1457/12.

W tym miejscu odwołujący podnosi, iż identyczne uzasadnienie ma zastosowanie do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających zawarcie umów ubezpieczenia.

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

W tym zakresie, w pełni zastosowanie znajduje argumentacja przedstawiona do oferty wykonawcy Shanghai (punkt 4 powyżej).

f) Załącznik nr 3 do kontraktu- Harmonogram rzeczowo-finansowy

Jak już wielokrotnie wspomniano, dla uznania prawidłowości dokonanego zastrzeżenia niezbędne jest łączne spełnienie przesłanek zawartych przepisach o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ogólność danych wynikających z harmonogramu oraz sposób ich prezentacji nie wskazują na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony know-how. Brak jest zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenia ich kontroli przez konkurujących wykonawców.

Okoliczności te, zdaniem odwołującego świadczą o tym, że utajnienie ofert wykonawcy Doosan i wykonawcy Shanghai - w omówionym powyżej zakresie - nastąpiło niejako „automatycznie” i miało na celu jedynie uniemożliwienie zweryfikowania jej prawidłowości i zgodności z wymaganiami s.i.w.z. przez konkurencję. Odmowa zamawiającego udostępnienia tych części ofert wykonawcy Shanghai i wykonawcy Doosan nie pozwala odwołującemu zweryfikować prawidłowości złożonej oferty, a tym samym skutecznie korzystać ze środków ochrony prawnej. Faktycznym powodem zastrzeżenia oferty przez wykonawcę Shanghai i wykonawcę Doosan nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym odwołującemu, weryfikacji oferty pod kątem zgodności z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w s.i.w.z.

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

W ocenie zamawiającego argumentacja odwołującego była zasadna, dlatego też zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący Doosan wskazał, iż ochrona tajemnicy stanowi zasadę, wynikającą z prawa unijnego. Jeszcze pod rządami poprzednich dyrektyw zamówieniowych Trybunał Sprawiedliwości UE uznał ochronę tajemnicy handlowej za zasadę ogólną. Z prawa unijnego wynika, że poszanowanie tajemnicy handlowej jest nie tyle wyjątkiem od zasady

transparentności, ale stanowi zasadę sama w sobie (wyrok TS z 14 lutego 2008r w sprawie C-450/06 pkt 49; wyrok z 19 maja 1994 r. C-36/92 pkt 37; wyrok z 24 czerwca 1986 r. w sprawie 53/85 pkt 28).

Obecnie, zasadę poszanowania tajemnicy przedsiębiorstwa wyraża Artykuł 13 dyrektywy sektorowej, a także artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG (tzw. dyrektywa w sprawie środków odwoławczych). Wykładnia prawa unijnego dokonana przez Trybunał w jednej sprawie wywiera skutki we wszystkich innych postępowaniach, jakie toczą się przed sądami lub organami Państw Członkowskich na podstawie tych samych przepisów prawa unijnego. Wyroki Trybunału mają walor precedensu i faktycznie są skuteczne *erga omnes*.

Art. 8 ust. 3 Pzp implementuje Artykuł 13 dyrektywy sektorowej. Powinien być zatem interpretowany zgodnie z dyrektywą, a jeżeli ta dyrektywa poddana została interpretacji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej - to zgodnie z tą interpretacją (por. co do tego skutku m.in. Sąd Najwyższy w uchwale z 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10, OSNC2011, nr 4, poz. 41 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z 27 czerwca 2008 r., III CZP 25/08, OSNC 2009, nr 9, poz. 127).

Ochrona tajemnicy dotyczy informacji posiadających wartość gospodarczą -pojęć tych nie powinno się zawężać

Zgodnie z art. 8 ust 3 p.z.p., 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.

Zgodnie z art. 14 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.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów orzekł, że w świetle art. 11 ust 4 UZNK definicję tajemnicy przedsiębiorstwa należy interpretować szeroko i z dużą ostrożnością. Należy też stosować do niej wykładnię rozszerzającą (...) (por. wyrok SOKiK w sprawie XVII Amz 12/2008, LexPolonica 1935293, Gazeta Prawna 2008 Nr 157, str. 9).

Z przepisu art. 11 ust 4 UZNK wynika, że każda informacja, która ma wartość gospodarczą (jakakolwiek) może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Samo pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie (por. J. Szwaja, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, CH. Beck 2013, Legalis oraz A. Michalak, Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Zagadnienia cywilnoprawne, Zakamycze 2006, s. 120). Literatura przedmiotu stwierdza także, że cel regulacji - zwalczanie nieuczciwej konkurencji - uzasadnia konieczność szerokiego ujęcia przesłanki „wartości gospodarczej”. Z punktu widzenia interesów przedsiębiorcy istotny może być bowiem sam fakt utrzymania

określonych wiadomości w tajemnicy. W tym przypadku chodzić może nawet nie tyle o to, aby konkurenci nie dysponowali określoną informacją, lecz o to, aby nie było im wiadomo, że ich rywal jest w jej posiadaniu (por. B. Giesen, Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa na gruncie art. 11 ZNKU, Studia Prawa Prywatnego, Zeszyt 2, 2013, CH. Beck, s. 11).

W ocenie przystępującego Doosan ustawa PZP, ani orzecznictwo nie wykluczają, aby ochrona tajemnicy nie mogła obejmować informacji dot. spełniania warunków udziału w postępowaniu

Argumentacja odwołania, jakoby informacje zawarte w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie mogły stanowić tajemnicy przedsiębiorcy (str. 6, akapit 2 i 3, odwołania), nie wytrzymuje konfrontacji z art. 8 ust. 3 Pzp. Z przywołanego przepisu wynika bowiem, że wykonawca może złożyć oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa już przy składaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznacza to, że o skuteczności zastrzeżenia nie decyduje to, co wykazują te informacje, ale czy spełniają przesłanki z art. 14 UZNK, w tym, czy mają wartość gospodarczą, a wykonawca podjął starania celem ograniczenia dostępu do tych informacji. Skoro ustawodawca nie wyłączył informacji „podmiotowych” spod zakresu tajemnicy, to odwołujący również nie powinien tego czynić (*lege non distinguente*).

Tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą stanowić informacje, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze (por. wyrok SN z 5.09.2001 r. I CKN 1159/2000, OSNC 2002 Nr 5, poz. 67, wyrok SA we Wrocławiu z 25.10.2006 r., I ACa 947/06, LEX nr 519245)). Odwołujący nie wykazał, jakoby Załącznik nr 4 (zaświadczenie w przedmiocie podatków), Załącznik nr 5 (zaświadczenie co do składek na ubezpieczenie społeczne), zainteresowane podmioty — a więc i oni sami — mogły uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze, bez zgody DHI. W ocenie przystępującego odwołujący nie uzyskałby od koreańskich organów skarbowych, od koreańskich organów ubezpieczenia społecznego, od koreańskich banków, dokumentów, co do których odwołujący usiłuje uzyskać dostęp wskutek wniesienia odwołania.

W odniesieniu do zaświadczenia w przedmiocie braku zaległości podatkowych oraz „ubezpieczeniowych”, należy także podnieść, że treść zaświadczenia w przedmiocie podatków nie pokrywa się z treścią dokumentów, jakie wykonawcy znają z polskich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego względu, informacje w nim zawarte, co do statusu podatkowego DHI mogą stanowić tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Co do informacji związanych z zaświadczeniem dot. składek ubezpieczenia społecznego warto zauważyć, że ze złożonego dokumentu wynika jednoznacznie, jakie i kiedy konkretne kwoty płaci DHI. Na podstawie informacji tam zawartych można precyzyjnie ustalić aktualny zasób kadrowy wykonawcy. Można także ustalić imię i nazwisko osoby, która w organizacji DHI ponosi odpowiedzialność za kontakt z instytucjami ubezpieczenia społecznego w

związku z projektami EPC. Nadto, ponieważ konkretne kwoty, płacone instytucji ubezpieczenia społecznego są elementem wynagrodzenia pracowników, to stanowią element cenotwórczy, który był uwzględniany także przy przygotowywaniu oferty zamawiającemu. Składniki kosztów również mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Cena oferty przystępujących jest ledwie o ok. 0,37 % wyższa od oferty ceny oferty odwołującego. Te niewielkie różnice na tak dużym projekcie (obie ceny oscylują w okolicach czterech miliardów złotych, a różnica wynosi kilkanaście milionów) pokazują, że rywale intensywnie ze sobą konkurują.

Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z 21 grudnia 2006 r., IX Ge 200/06, Lex 522317 orzekł, że informacje dotyczące dostawców komponentów (...) mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile zostały podjęte działania w celu zachowania poufności tych wiadomości. W orzecznictwie sądów antymonopolowych przesądzono także, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dane obrazujące źródła zaopatrzenia i zbytu (por. postanowienie Sądu Antymonopolowego z 15 maja 1996 r. XVII Amz 2/96, LEX 56437, postanowienie Sądu Antymonopolowego z 30 października 1996 r. XVII Amz 3/96, LEX 56452).

W ocenie przystępującego Doosan informacje zawarte w Załączniku nr 10 (informacja o statusie finansowym), Załącznik nr 11 (ubezpieczenia) oraz Załącznik nr 12 (wykaz zamówień) do oferty mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorca, gdyż precyzują źródła oraz istotnych dostawców: (1) finansowania projektu (instytucje kredytowe), (2) zapewnienia „ochrony” ubezpieczeniowej projektu (ubezpieczyciele oraz zakres udzielanej przez nich ochrony), (2) dostawców istotnych komponentów projektu, w tym podmiotów udostępniających istotne zasoby na zasadzie art. 26 ust. 2 b Pzp. Zastrzeżenie to dotyczy wszystkich informacji wskazujących pośrednio lub bezpośrednio z kim DHI planuje współpracować podczas realizacji tego projektu.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 1 stycznia 2006 r., VCa 440, LexPolonica 1944280, orzekł, że dane o doświadczeniu zawodowym w sektorze prywatnym zasługują na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie podlegają w związku z tym odtajnieniu i ujawnieniu. Informacje zawarte w Załącznik nr 12 do oferty Przystępujących (wykaz wykonanych zamówień) może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż wskazane tam kontrakty nie były realizowane w reżimie PZP. Odwołujący - poza domysłami i spekulacjami - aktualnie nie posiada konkretnych, miarodajnych informacji na temat zakresu lub charakteru konkretnej wiedzy i doświadczenia zdobytego przez DHI podczas realizacji kontraktów w ostatnim dziesięcioleciu (to wiedzę i doświadczenie z takiego okresu mogli przywoływać wykonawcy — vide str. 32-33 Części A SIWZ). Załącznik nr 12 do oferty przedstawia konglomerat doświadczenia DHI będącego połączeniem metodologii, procedur, know-how z

różnych projektów inwestycyjnych, przez co - nie tylko informacje o poszczególnych projektach - ale także treść całego dokumentu jako całość stanowi istotną, prawnie chronioną informację gospodarczą.

Z uzasadnienia wyroku Sądu Antymonopolowego z 10 lipca 2001 r. XVII Arna 78/01 wynika, że dane zawarte (...) sprawozdaniu finansowym obrazujące aktywa mogą być informacjami poufnymi (wyrok z 10.07.2001 r. XVII Arna 78/01, Legalis).

W tym kontekście, lista podmiotów należących do grupy kapitałowej, na dzień jego sporządzenia pośrednio pokazuje wartościowe aktywa DHI, spółki giełdowej, (udziały lub akcje to aktywa), rozlokowane na całym świecie. Wbrew teom odwołania informacje z tego dokumentu, ani on sam — nie jest ujawniony na stronie internetowej DHI.

Sygnalizowana przez odwołującego okoliczność, że sprawozdania finansowe ukazują pewne spółki zależne DHI jest w istocie argumentem mylnym, gdyż spółki z grupy kapitałowej w rozumieniu polskiego prawa zamówień publicznych są ujmowane szeroko (nawet na gruncie polskiego prawa jest to jedna z kilku definicji legalnych). Polskie ujęcie nie jest tożsame z pojęciami koreańskich uregulowań dot. rachunkowości i sprawozdawczości, które znajdują zastosowanie w sprawie. Co więcej, mimo, że sprawozdania finansowe pokazują - co do zasady - niektóre spółki należące do grupy DHI, to pomiędzy sporządzeniem listy podmiotów z grupy a sporządzeniem sprawozdań finansowych istnieje na tyle istotna różnica czasowa, że wartość gospodarczą dla konkurentów będzie mieć nawet informacja, czy aktywa DHI w tej postaci uległy zmianie. Czy też pozostały w stanie niezmiennym.

W świetle akapitu powyżej, warto przypomnieć, że w nauce prawa konkurencji nie budzi w zasadzie wątpliwości, że mają wartość gospodarczą także te informacje, które cechują się aktualnością (por. S. Sołtysiński, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Komentarz, pod red. J. Szwejki, Warszawa 2000, s. 482-483).

Dane dotyczące metod, procedur, know-how, część techniczna oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy, w zasadzie nieznacznej różnicy cenowej między odwołującym a przystępującym, wiedza konkurentów chociażby o osobach udostępniających zasoby, aktualnych podwykonawcach, poddostawcach, usługodawcach, ubezpieczycielach, zwiększy zasób ich wiedzy chociażby co do składek i kosztów ubezpieczeń, marż, które DHI musi uwzględnić w swoich ofertach. Przekazanie konkurentom tego typu informacji ewidentnie poprawi ich sytuację konkurencyjną wobec DHI, a jemu samemu - utrudni konkurowanie, w tym na rynku polskim i to w postępowaniach, które mogą dopiero nastąpić w relatywnie niedalekiej przyszłości (np. w razie unieważnienia przez zamawiającego tego przetargu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp).

Inaczej niż odwołujący, DHI spełnia większą część warunków udziału w postępowaniu w oparciu o „własne” doświadczenie. Załączniki nr 3 (Harmonogram Rzeczowo - Finansowy)

oraz Załącznik nr 6 (Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu) wraz z Załącznikiem 2B do Kontraktu wskazują strukturę realizacji takiego przedsięwzięcia wykonawcy, który zrealizował kilka relewantnych projektów oraz był w stanie efektywnie dostosować preferowane metody realizacji i know how do realiów oraz wymagań zamawiającego w tym, konkretnym postępowaniu. Przywołane dokumenty zawierają i obrazują informacje na temat cykliów produkcyjnych, montażowych, struktury dostaw, czasu niezbędnego na poszczególne czynności, cashflow finansowego, listy licznych dostawców. Zostały one przygotowane wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania, i nie były wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej. Architektura realizacji projektu przedstawiona przez DHI została wypracowana i sprawdzona na przestrzeni ostatnich lat w wielu projektach i jej udostępnienie konkurentom pozwoliłoby na uzyskanie niedostępnych publicznie informacji, a w przyszłości proponowanie atrakcyjnych ofert na rynku polskim (jest to tym groźniejsze dla DHI, że dystans cenowy do kolejnego wykonawcy wyniósł 0,37%). Co więcej, ich odtajnienie skutkować będzie uzyskaniem dostępu do tych danych przez podmioty, które dopiero aspirują do przedsięwzięć o tej skali (skoro zostanie to odtajnione Hitachi, to będzie dostępne innym). Dokumenty te stanowią pewien niepowtarzalny zbiór informacji. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 15 marca 2012 r. informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy sposobów (...) i metod działania (por. wyrok WSA w Warszawie z 15.03.201 r. II SA/Wa 128/12, LEX nr 1135400). Trzeba podkreślić, że wszystkie części oferty, które nie dotyczą samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowania bezwzględnie mają taki charakter. Dokumenty, w takiej wersji i zakresie, w jakim przygotowało je DHI obrazuje także plany realizacyjne tej spółki, w tym plany zakupowe, które wymagają składania licznych zamówień z dużym wyprzedzeniem, a niekiedy może nawet od spółek z grup kapitałowych konkurentów. Tymczasem zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego poufne informacje dotyczące planów w zakresie działalności gospodarczej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (por. uzasadnienie wyroku SA w Krakowie z 11 czerwca 2003 r. I ACa 469/03, TPP 2004 Nr 1-2, poz. 157).

Zastrzeżone dokumenty zawierają unikalną i poufną wiedzę na temat relacji biznesowych i kontraktowych oraz łańcucha podmiotów współpracujących z DHI. W tych okolicznościach, uwzględnienie odwołania, a w jego następstwie podanie konkurentom do wiadomości zastrzeżonych informacji wyrządzi DHI rozległą i długotrwałą szkodę. Z tych względów odwołanie powinno zostać oddalone.

Przystępujący Shanghai podniósł, iż zgodnie z art. 8 ust. 3 PZP nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UNZK, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Przepis ten odnosi się do

konkretnych informacji (tajemnicy przedsiębiorstwa), a wskazanie „*nie ujawnia się*” dotyczy wszystkich podmiotów, poza jednoznacznie wskazanym adresatem, do którego te informacje są kierowane, tj. w tym przypadku zamawiającym oraz KIO. Art. 8 ust 3 PZP jest zatem skuteczną zarówno w stosunku do osób trzecich, jak i do odwołującego. Regulacja art. 8 ust. 3 PZP znajduje się w części ustawy dotyczącej zasad udzielania zamówień i obok zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - których stanowi element uzupełniający - należy do naczelných norm systemu zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 13 dyrektywy 2004/17/WE zamawiający nie ujawnia informacji oznaczonych jako poufne przez wykonawców, którzy je przekazali; informacje takie obejmują, w szczególności, tajemnice techniczne lub handlowo oraz poufne aspekty ofert. Z kolei art. 1 ust. 1 dyrektywy 92/13/EWG zobowiązuje państwo członkowskie do podjęcia niezbędnych środków, aby zapewnić - w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/17/WE - możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez zamawiającego, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa europejskiego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo. Jak orzekł Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C-450/06 z 14 lutego 2008 r.-analogicznej do będącej przedmiotem odwołania w zakresie ewentualnego obowiązku dopuszczenia strony postępowania odwoławczego do informacji objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa - skuteczność [zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - uwaga przystępującego] byłaby poważnie zagrożona, gdyby przy okazji odwołania od decyzji wydanej przez zamawiającego w przedmiocie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego całość informacji związanych z tym postępowaniem musiała być bez żadnych ograniczeń udostępniona wnoszącemu odwołanie albo nawet innym osobom, takim jak interwenienci. W takim stanie rzeczy zwykłe odwołanie dawałoby wgląd w informacje, które mogłyby zostać wykorzystane do zakłócania konkurencji lub szkodenia zgodnym z prawem interesom przedsiębiorców, którzy biorą udział w danym przetargu. Możliwość taka mogłaby nawet skłaniać przedsiębiorców do wnoszenia odwołań wyłącznie w celu uzyskania dostępu do tajemnic handlowych konkurencji (por. pkt 39-40 orzeczenia). Jak dalej wskazuje Trybunał obowiązki zamawiającego w zakresie przestrzegania poufności charakteru informacji spoczywają, w ramach odwołania, na organie powołanym do rozpoznania odwołania. Przepisy dyrektywy 2004/17/WE, szczególnie art. 13 nakłada więc na ten organ obowiązek podjęcia środków niezbędnych do zagwarantowania skuteczności tych przepisów, a poprzez to zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz ochrony uprawnionych interesów zainteresowanych przedsiębiorców (pkt 42 orzeczenia). Co więcej, Trybunał jednoznacznie wskazuje, że ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi jedną z naczelných zasad prawa europejskiego (pkt 49 orzeczenia), która to zasada znajduje pierwszeństwo przed zasadą pełnej

kontradyktoryjności postępowania odwoławczego i jest zgodna z art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (pkt 46-47 orzeczenia). Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału, w ramach odwołania od decyzji zamawiającego wydanej w postępowaniu przetargowym zasada kontradyktoryjności nie wymaga, aby strony miały nieograniczone i absolutne prawo dostępu do całości informacji dotyczących danego postępowania przetargowego, przedłożonych organowi powołanemu do rozpoznania tego odwołania. Wręcz przeciwnie, to prawo wglądu należy wyważyć względem prawa innych przedsiębiorców do ochrony ich poufnych informacji i tajemnic handlowych (pkt 51 orzeczenia).

Konkludując Trybunał uznaje, że organ powołany do rozpoznania odwołań, powinien zapewniać poufność i prawo do przestrzegania tajemnicy handlowej w stosunku do informacji zawartych w aktach przedłożonych mu przez strony sporu, w szczególności zaś przez zamawiającego, przy czym on sam może zapoznawać się z takimi informacjami i brać je pod uwagę. Do organu tego należy podjęcie decyzji, w jakim stopniu i według jakich zasad należy zapewnić poufność i objęcie tajemnicą tych informacji (pkt 55 orzeczenia).

W konsekwencji, informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i które zostały skutecznie zastrzeżone jako takie w ofercie przystępującego jak również wyjaśnienia przekazane do zamawiającego w części objętej klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa w piśmie przystępującego z 14 grudnia 2013 r. (dostarczonego do zamawiającego 16 grudnia 2013 r.) a także wszelkie inne dowody wskazywane w toku postępowania odwoławczego, w stosunku do których przystępujący zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa, nie powinny być udostępniane w jakiegokolwiek formie stronom trzecim, w tym również odwołującemu.

Okoliczności faktyczne niniejszej sprawy w sposób niebudzący wątpliwości wskazują na to, że dokumenty w ofercie objęte przez przystępującego klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, uwzględniając stanowisko przystępującego wyrażone w piśmie do zamawiającego z 14 grudnia 2013 r. (dostarczone zamawiającemu 16 grudnia 2013 r.) jak również wszelkie dowody wskazywane w toku postępowania odwoławczego nie tylko mogą, ale z pewnością zawierają informacje nieujawnione do wiadomości publicznej, posiadające wymierną wartość gospodarczą dla przystępującego, co do których podjął on niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Informacje te spełniają zatem wszelkie przesłanki aby być objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa a zatem w pełni uzasadnione jest ich nieudostępnianie odwołującemu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu podjął niezbędne kroki w celu rzetelnej i obiektywnej, przy zachowaniu transparentości postępowania, oceny ofert pod kątem (jak na ten etap postępowania) zasadności zastrzeżenia informacji, które w

ocenie przystępujących zasługują na taką ochronę, a dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa.

Świadczy o tym pismo zamawiającego z 21 listopada 2013 r, skierowane do odwołującego (stanowiące podstawę wniesienia odwołania), w którym zamawiający poinformował odwołującego o tym, że *„...rozpoczął badanie i ocenę Ofert, w tym w pierwszej kolejności - procedurę weryfikacji (...) w kontekście zasadności zakresu ograniczenia jawności Ofert...”*. Co więcej, dalej w tym piśmie zamawiający równie jednoznacznie poinformował odwołującego o tym, że *„po zakończeniu tej procedury, Zamawiający niezwłocznie poinformuje (Odwołującego) o jej wynikach i o ewentualnym udostępnieniu zakresu odtajnienia treści Ofert”*.

Podkreślenia wymaga to, że zamawiający jest zobowiązany do zachowania wynikającej z przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej zasady przejrzystości prowadzonego postępowania (zasady wyrażonej wprost w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE i wywodzonej również na gruncie ustawy Pzp z zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców). Biorąc powyższe pod uwagę, w pierwszej kolejności obowiązkiem zamawiającego jest poinformowanie zarówno wykonawcy, którego ofertę bada jak również pozostałych uczestników postępowania o swojej czynności dotyczącej zachowania lub odtajnienia informacji zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu, to ta ostatnia czynność zamawiającego (dotycząca „wyników badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”) będzie czynnością stanowiącą podstawę do ewentualnego wniesienia środka ochrony prawnej przez odwołującego. Czynność ta może się bowiem wiązać z rzeczywistą lub domniemaną szkodą w postaci pozbawienia odwołującego prawa do wglądu w ofertę innego wykonawcy. Może również stanowić podstawę do zaskarżenia (w postaci odwołania) wskazanej wyżej czynności zamawiającego przez podmioty, co do których wynik badania był odmienny od zakładanych skutków.

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z następującą sytuacją. Z jednej strony zamawiający, wykonuje wszystkie nałożone na niego czynności/obowiązki wynikające z ustawy Pzp, tj. udostępnia oferty w części jawnej i zachowuje w tajemnicy -równocześnie poddając badaniu - te ich części, które zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa, z drugiej zaś, odwołujący, który wnosi odwołanie od czynności technicznych zamawiającego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie, 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 (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający nie zaniechał odtajnienia i udostępnienia odwołującemu dokumentów złożonych wraz z ofertami przystępujących, jak również złożonych przez tych wykonawców wyjaśnień. Jak wynika bowiem z pisma zamawiającego, odwołujący został poinformowany, że zamawiający rozpoczął badanie i ocenę ofert, w tym w pierwszej kolejności weryfikację treści ofert złożonych w postępowaniu w kontekście zasadności zakresu ograniczenia jawności (zakresu objętego tajemnicą przedsiębiorstwa). Ponadto zamawiający wskazał, że *„po zakończeniu tej procedury, zamawiający niezwłocznie poinformuje o jej wynikach i o ewentualnym udostępnieniu zakresu odtajnionej treści ofert”*.

W związku z powyższym, nie ulega wątpliwości, że zamawiający nie mógł zaniechać czynności odtajnienia ofert, będąc dopiero na etapie badania zakresu objętego tajemnicą przedsiębiorstwa. Dopiero po poinformowaniu o wynikach tego badania, co na dzień wniesienia odwołania, nie miało miejsca oraz co zamawiający wyraźnie zapowiedział - będzie można mówić o czynności/zaniechaniu zamawiającego, w której wyrazi się jego wola udostępnienia bądź zastrzeżenia określonych informacji (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

Wskazać bowiem należy, iż czynność badania zakresu objętego tajemnicą przedsiębiorstwa jest czynnością rozciągniętą w czasie. Zamawiający jest zobowiązany przeanalizować szereg niezwykle istotnych i wrażliwych przesłanek.

Dodatkowo wskazać należy, że odwołanie nie dotyczy np. zaniechania podjęcia przez zamawiającego czynności badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wynika z odwołania odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie szeregu przepisów *„poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia (...)”*. Odwołujący nie wnosi o przeprowadzenie rzetelnego badania, ale o nakazanie zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia części oferty opatrzonej klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa lub ewentualnie o wyjaśnienie przesłanek utrzymania tych informacji, jako tajnych.

Izba podziela pogląd prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że w sytuacji, kiedy wykonawca wystąpi z wnioskiem do zamawiającego o udostępnienie mu w całości oferty danego wykonawcy, a zamawiający poinformuje go w odpowiedzi o podejmowanych czynnościach dotyczących badania treści oferty wraz z informacją, że po podjęciu decyzji w tym zakresie zostanie ona zakomunikowana wykonawcy, termin na wniesienie odwołania biegnie dopiero od tego wskazanego terminu, cyt: *„Tym samym termin na wniesienie odwołania od zaniechania odtajnienia zastrzeżonych w ofercie informacji powinien być liczony od momentu uzyskania przez wykonawcę wiedzy o podjęciu przez zamawiającego decyzji odnośnie skuteczności dokonanego zastrzeżenia.”* (vide: wyrok KIO z 26 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 100/12). Takim terminem nie jest termin otwarcia ofert,

chyba, że zamawiający w tym dniu dokonałby również oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co w przedmiotowym postępowaniu nie miało miejsca.

Co istotne, odwołanie przysługuje na czynność/zaniechanie zamawiającego, nie na czynność wykonawcy polegającą na zastrzeżeniu informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należało, że na dzień wniesienia odwołania, brak było podstaw do twierdzenia, a tym samym do stawiania zarzutów zamawiającemu w zakresie zaniechania udostępnienia informacji zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa w zakresie, w jakim to zostało podniesione w odwołaniu.

Izba zwraca uwagę, iż przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych nie dają możliwości odrzucenia odwołania w przypadku stwierdzenia przez Izbę, iż odwołanie jest przedwcześnie. Dlatego też Izba zobligowana była do skierowania odwołania na rozprawę.

W związku z powyższym uznać należało, iż przedmiotowe odwołanie jest przedwcześnie i nie może być uwzględnione, mimo że zamawiający pozytywnie odpowiedział na zarzuty odwołującego.

W ocenie Izby, zamawiający winien zakończyć, prawidłowo wszczętą procedurę wyjaśniania zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa ofert wykonawców, informując o podjętych czynnościach. Zakończenie tej czynności poprzez zawiadomienie wszystkich zainteresowanych wykonawców, skutkować bowiem będzie zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż czynność zamawiającego wywoływać będzie odpowiednie zachowanie po stronie zarówno przystępujących, jak i odwołującego. Dopiero z dniem przekazania powyższej informacji, w ocenie Izby zacznie biec termin na wniesienie odwołania, zgodnie z przepisem art. 182 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: