

Sygn. akt: KIO 2741/11

**WYROK**  
z dnia 5 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **Solaris Bus & Coach S. A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Olsztyn, Pl. Jana Pawła II Nr 1, 10-101 Olsztyn,**

przy udziale:

- wykonawcy: **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz,**
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: NEWAG S.A. (lider konsorcjum), MODERTRANS Poznań sp. z o.o. z siedzibą lidera: ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz,**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2741/11 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddała odwołanie,
  
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Solaris Bus & Coach S. A., Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Olsztyn prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Dostawa fabrycznie nowego taboru tramwajowego w ramach programu: Modernizacja i rozwój zintegrowanego systemu transportu zbiorowego w Olsztynie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz.: 2011/S 184-301241 w dniu 24 września 2011 r.

Wykonawca Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu, Owińska, wniósł odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego czynności odtajnienia oferty wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. oraz oferty Konsorcjum firm: NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o. w zakresie złożonego w ofertach załącznika nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, przez bezzasadną odmowę udostępnienia części oferty wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., tj. załącznika Nr 4 do siwz, zawierającego parametry techniczne oferowanego tramwaju, na skutek błędnego uznania, że zachodzą przesłanki skutecznego wyłączenia jawności wskazanego załącznika,
2. art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp, przez bezzasadną odmowę udostępnienia części oferty Konsorcjum NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o., tj. części załącznika nr 4 do siwz, zawierającego parametry techniczne oferowanego tramwaju, od lp 1 do lp 2.15., na skutek błędnego uznania, że zachodzą przesłanki skutecznego wyłączenia jawności wskazanego załącznika,
3. art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz.150) zwanej dalej „u.z.n.k.”, poprzez błędne uznanie informacji zawartych w ofercie wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w załączniku nr 4 do siwz, jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pomimo, że informacje te nie spełniają warunków koniecznych do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa,
4. art. 11 ust. 4 u.z.n.k. poprzez błędne uznanie informacji zawartych w ofercie Konsorcjum NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o., tj. części załącznika nr 4 do siwz od lp 1 do lp 2.15., jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pomimo, że informacje te nie spełniają warunków koniecznych do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie zamawiającemu:

1. odtajnienia oferty wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w zakresie załącznika nr 4 do siwz zawierającego parametry techniczne oferowanych tramwajów,
2. odtajnienia oferty Konsorcjum NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o. w części załącznika Nr 4 do siwz tj. od lp 1 do lp 2.15., zawierającego parametry techniczne oferowanych tramwajów,
3. udostępnienia odwołującemu oferty wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. oraz oferty Konsorcjum NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o. w zakresie wskazanym w pkt 1 i 2 powyżej.

Odwołujący podniósł, że zaniechanie czynności odtajnienia podstawowych parametrów technicznych oferowanych przez wykonawców tramwajów, w tym parametrów stanowiących podstawę oceny ofert, uniemożliwia ich weryfikację przez odwołującego, a co za tym idzie uniemożliwia skorzystanie mu na dalszym etapie postępowania z przewidzianych prawem środków ochrony prawnej. Odwołujący złożył ważną ofertę w postępowaniu, a co za tym idzie zachował szansę na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło dnia 8 grudnia 2011 r. W dniu 12 grudnia 2011 r. zamawiający udostępnił odwołującemu do wglądu oferty wykonawców: Skoda Polska Sp. z o.o., Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. oraz Konsorcjum: NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o. W wyniku analizy udostępnionych ofert stwierdzono, że zawierały one części utajnione przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. oraz Konsorcjum: NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o., a wśród dokumentów utajnionych znalazł się załącznik nr 4 do siwz „Parametry techniczne oferowanego tramwaju”.

W związku z powyższym, odwołujący pismem z dnia 13 grudnia 2011 r. zażądał odtajnienia oferty wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. oraz oferty Konsorcjum: NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o. Pismem z dnia 21 grudnia 2011 r. zamawiający poinformował odwołującego, że w wyniku badania skuteczności zastrzeżenia części ofert wykonawców, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, uznał zastrzeżenia za skuteczne. Jednocześnie zamawiający poinformował, że Konsorcjum: NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o. zdecydowało o odtajnieniu danych z załącznika nr 4 do siwz w zakresie od lp. 3.1 do 3.7 - danych zatytułowanych „Parametry podlegające ocenie w ofercie”.

W ocenie odwołującego, zamawiający w sposób nieuprawniony zgodził się na utajnienie wszystkich dokumentów, o utajnienie których wnioskowali wykonawcy. W szczególności niezgodne z przepisami jest utajnienie załącznika nr 4 do siwz,

zawierającego podstawowe parametry techniczne oferowanego tramwaju. Informacje zawarte w tym załączniku nie tylko nie posiadają cech tajemnicy przedsiębiorstwa, ale są to podstawowe parametry oferowanych przez wykonawców pojazdów.

Odwołujący podniósł, że z treści art. 11 ust. 4 u.z.n.k. w związku z art. 8 ust. 3 Pzp, wynika, że co do zasady utajnione nie mogą być takie informacje jak cena, termin wykonania zamówienia, okres gwarancji i warunki płatności. Nie oznacza to jednak, że pozostałe informacje mogą być bez ważnej przyczyny zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca dokonujący zastrzeżenia musi mieć wyraźne podstawy do takiego działania, przy zachowaniu wymogów ustawowych, takich jak nieujawnienie informacji do wiadomości publicznej o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub posiadających wartość gospodarczą, co do których podjął działania w celu zachowania ich poufności (por. wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 27 czerwca 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-726/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 409/08). Podkreślił, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz musi żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony (patrz: wyrok KIO z dnia 19 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1400/10; KIO/UZP 1401/10, wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 2817/10, wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2793/10).

Odwołujący wskazał, że zastrzeżony przez wykonawców załącznik nr 4 zawiera takie informacje jak: charakterystyka ogólna tramwaju (w tym: wymiary, masa, parametry ruchowe), charakterystyka szczegółowa tramwaju (w tym podstawowe informacje dotyczące układu jezdnego, silnika, klimatyzacji, drzwi czy okien), a także parametry podlegające ocenie przez zamawiającego, takie jak: udział niskiej podłogi w przedziale pasażerskim, szerokość przejścia w przedziale pasażerskim, dostosowanie położenia wysokości podłogi do zużycia kół i obciążenia, średnica nowych kół napędowych, materiały użyte na konstrukcję nośną pojazdu, poziom dźwięku A, liczba drzwi dwustrumieniowych dla każdej ze stron tramwaju. W ocenie odwołującego, informacje te nie spełniają łącznie warunków określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., które pozwalałyby uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te nie posiadają wartości gospodarczej, technicznej czy technologicznej, a ich ujawnienie nie może prowadzić do jakichkolwiek negatywnych skutków gospodarczych dla wykonawców.

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do siwz zawarł minimalne wymagania co do parametrów technicznych tramwajów objętych zamówieniem, które wskazane zostały także w załączniku nr 4 do siwz. Odwołujący powołał wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2793/10,

w którym stwierdzono, że „informacje opracowywane na potrzeby konkretnego postępowania, w tym przede wszystkim w oparciu o informacje przedłożone przez zamawiającego w SIWZ a więc jawne, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa”. Podniósł, że zarówno wykonawca Modertrans Poznań sp. z o.o., jak i Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., na swoich stronach internetowych podają podstawową specyfikację techniczną oferowanych przez nich tramwajów, które częściowo pokrywają się z informacjami wskazanymi w załączniku nr 4. Wśród informacji ujawnionych na stronie można znaleźć takie jak:

- a) w przypadku wykonawcy Modertrans Poznań sp. z o.o.: wymiary gabarytowe (długość, szerokość, wysokość), prędkość maksymalna, masa wagonu, szerokość toru, napięcie zasilające, silniki, dostępne napędy.
- b) w przypadku wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA: wymiary gabarytowe (długość, szerokość, wysokość), prędkość maksymalna, szerokość toru, układ osi, moc; wykonawca udostępnia ponadto rysunki zawierające rozkład miejsc siedzących w pojeździe.

Zdaniem odwołującego, ujawnienie podstawowych parametrów oferowanych tramwajów nie stanowi żadnego ryzyka dla wykonawcy i w żaden sposób nie dostarcza konkurencji istotnych z punktu widzenia technologicznego informacji. Pozwalają one jedynie uzyskać ogólną wiedzę co do oferty wykonawcy. Dane te mają jednak znaczenie dla kontroli prawidłowości przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Są to informacje, które nie tylko świadczą o zgodności (lub nie) przedmiotu oferty wykonawców, ale także podlegają ocenie w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie bowiem z rozdziałem XII siwz, zatytułowanym „opis kryteriów i sposobów dokonywania oceny ofert” – oferty, które nie będą podlegały odrzuceniu, będą oceniane według następujących kryteriów: cena - waga 65%, parametry techniczne - waga 35%. W dalszej części rozdziału zamawiający szczegółowo określił, które parametry techniczne będą oceniane oraz sposób ich oceny. Wymienione w tym rozdziale parametry wykonawcy zobowiązani byli podać w załączniku nr 4. Oznacza to, że niezgodne z prawem działanie zamawiającego wyłączyło możliwość weryfikacji przez odwołującego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co uznać należy za sprzeczne z podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2011 r., z którego wynika, że tajemnica przedsiębiorstwa w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może dotyczyć podstawowych parametrów technicznych oferowanych urządzeń. Na ich podstawie bowiem dochodzi do oceny, czy spełniają one warunki zawarte w siwz (wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 2817/10)

Odwołujący wskazał również, że z projektu umowy (załącznik nr 5 do siwz) wynika, iż oferta będzie stanowiła załącznik do umowy, a zatem będzie podlegała ujawnieniu na dalszym etapie postępowania. Podkreślił też, że Konsorcjum NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o. zdecydowało o odtajnieniu danych z załącznika nr 4 w zakresie od lp. 3.1 do lp. 3.7., tj. danych „Parametry podlegające ocenie w ofercie”, uznając tym samym, że zastrzeżone dane nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Konsorcjum NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o. w dniu 23 grudnia 2011 r. zgłosiło swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił także swoje przystąpienie wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w dniu 27 grudnia 2011r., wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, jako niezasadnego.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, rozpoznając odwołanie na rozprawie na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, co stanowi o posiadaniu przez odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania. Odwołujący złożył ważną ofertę w postępowaniu, a w związku z tym ma szansę na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. W postępowaniu zamawiający nie dokonał jeszcze oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba uznała, że zaniechanie czynności odtajnienia podstawowych parametrów technicznych oferowanych przez wykonawców tramwajów, w tym parametrów stanowiących podstawę oceny ofert, mogłoby wbrew prawu pozbawić odwołującego

możliwości weryfikacji treści ofert konkurencyjnych pod względem zgodności ich treści z treścią siwz w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania. Tym samym uprawdopodobniona została możliwość poniesienia szkody przez odwołującego na skutek ewentualnego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Wobec faktu, że pismem z dnia 21 grudnia 2011 r. zamawiający poinformował odwołującego o uznaniu zastrzeżenia informacji w ofertach przez wykonawców za skutecznej, brak wniesienia odwołania wobec tej czynności narażałby odwołującego na utratę środka ochrony prawnej z uwagi na upływ ustawowego terminu.

Izba uznała, że Konsorcjum firm: NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o., a także wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, tj. zgodnie z wymogami art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, przedmiotowe zamówienie obejmuje dostawę fabrycznie nowego taboru tramwajowego", spełniającego wymagania zamawiającego określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Minimalne wymagania techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia zostały opisane szczegółowo w załączniku nr 1 do siwz. W załączniku nr 4 do siwz „Opis parterów technicznych oferowanych tramwajów”, który wykonawca byli zobowiązani złożyć w ofercie, zamawiający wskazał minimalne wymagania techniczne pojazdów. Wśród tych wymagań w pozycjach od lp.3.1 do 3.7 zostały zawarte minimalne wymagania techniczne, które podlegały punktowaniu w ramach kryteriów oceny ofert, zgodnie z postanowieniami rozdziału XII siwz „Opis kryteriów i sposobów dokonywania oceny ofert”. Zamawiający postanowił, iż „oferty, które nie będą podlegały odrzuceniu, będą oceniane według następujących kryteriów: cena - waga 65%, parametry techniczne - waga 35%", wskazując szczegółowy sposób punktacji poszczególnych parametrów.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone 4 oferty. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia skorzystali z uprawnienia, wynikającego z art. 8 ust. 3 Pzp, pozwalającego na zastrzeżenie przez wykonawcę informacji w ofercie, które w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz.150) (art. 11 ust. 4 u.z.n.k.) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawcy zastrzegli informacje techniczne w postaci: ogólnego wizerunku tramwaju, rysunku obrazującego wygląd zewnętrzny tramwaju oraz przekrój nadwozia tramwaju



pokazującego układ siedzeń i miejsce na wózki oraz rozmieszczenie drzwi, przekrój przez oś podłużną tramwaju obrazującego linię podłogi w przestrzeni pasażerskiej – po wyłączeniu kabiny motorniczego z jednej i drugiej strony – z zaznaczeniem jej wysokości nad poziomem główki szyny w funkcji długości, zwymiarowany przekrój nadwozia prostopadłego do osi wzdłużnej tramwaju w miejscu, w którym występuje najmniejsza szerokość przejścia między siedzeniami, widok wózka napędowego i tocznego w trzech rzutach, opis techniczny części mechanicznej i elektrycznej. Wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. zastrzegł także opis części mechanicznej i elektrycznej oferowanego tramwaju i opis parametrów technicznych oferowanego tramwaju, a Konsorcjum NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o. – opis parametrów technicznych oferowanego tramwaju.

Odwołujący, po zapoznaniu się z jawną częścią ofert, w dniu 13 grudnia 2011 r. zwrócił się do zamawiającego o ujawnienie informacji zawartych w załączniku nr 4 do siwz w ofercie wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. oraz wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie jako Konsorcjum NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o., który w ocenie odwołującego nie zawiera informacji podlegających ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Sam odwołujący Solaris Bus & Coach S.A. nie zastrzegł tego załącznika jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający przeprowadził czynności mające na celu zbadanie zasadności dokonanych przez wykonawców zastrzeżeń. W dniu 15 grudnia 2011 r. zamawiający wezwał wykonawców do złożenia szczegółowych wyjaśnień odnośnie charakteru zastrzeżonych informacji, wykazania spełnienia ustawowych przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a także podjęcia skutecznych działań mających na celu zachowanie określonych informacji w tajemnicy.

Wykonawcy złożyli szczegółowe wyjaśnienia. W piśmie z dnia 15 grudnia 2011 r. wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. wyjaśnił, iż zastrzeżone w ofercie tego wykonawcy informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Wskazał, że w firmie zostały podjęte systemowe rozwiązania zabezpieczające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem, polegające m.in. na wdrożeniu zintegrowanego systemu zarządzania IFS, odpowiedniej organizacji pracy zespołów projektowych, zawieraniu z pracownikami umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności, ograniczeniu ilości osób mających dostęp do danych technicznych i technologicznych, wprowadzeniu w Dziale Rozwoju systemu monitorowania pracy komputerów, zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych bądź ograniczeniu ich treści, zawieraniu umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, którym udostępniane są fragmenty dokumentacji technicznej, zastrzeganiu informacji technicznych i technologicznych w związku z udziałem w postępowaniach o zamówienia publiczne.

Konsorcjum NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o. złożyło wyjaśnienia w piśmie z dnia 16 grudnia 2011 r., w którym wskazano, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowią dorobek firmy wynikający z wieloletnich doświadczeń w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Wyjaśniono, że w odniesieniu do zastrzeżonych informacji zostały podjęte działania mające na celu zabezpieczenie tych informacji przed ujawnieniem do wiadomości publicznej, poprzez ograniczenie liczby osób mających dostęp do chronionych informacji, zabezpieczenie nośników tajnych informacji, stosowanie w umowach klauzul zachowania poufności, ograniczenie dostępu i monitorowanie pomieszczeń oraz sprzętów, w których przechowywane są chronione informacje, wdrożenie regulacji wewnętrznych określających zasady bezpieczeństwa informacji. Konsorcjum NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o. potwierdziło fakt, że zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, jako że podlegają ochronie ze względu na ich wartość gospodarczą i handlową, ponieważ obrazują kompleksowe rozwiązanie technologiczne. Konsorcjum NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o. zdecydowało o odtajnieniu danych z załącznika Nr 4 do siwz w zakresie pozycji od lp 3.1 do 3.7. tabeli, które zawierają „Parametry podlegające ocenie w ofercie”, „poprzez zawarcie ich w wynikach przetargu (technicznej i cenowej ocenie punktowej ofert) przygotowanych przez zamawiającego”.

Wykonawcy: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. i Konsorcjum NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o. podtrzymali na rozprawie swoje stanowiska jak w złożonych wyjaśnieniach. Przystępujący Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. złożył ponadto do akt sprawy zarządzenie wewnętrzne nr 2/2011 Dyrektora Generalnego PESA Bydgoszcz S.A. z 25 maja 2011r. w sprawie monitoringu w PESA Bydgoszcz S.A. oraz zarządzenie wewnętrzne nr 20/2009 Dyrektora Generalnego PESA Bydgoszcz S.A. z 25 listopada 2009r. w sprawie sprzętu i oprogramowania komputerowego, a także oświadczenie zarządu spółki z 3 stycznia 2012r. odnośnie posiadania przez firmę funkcjonujących procedur dotyczących informacji niejawnych, w tym informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, które potwierdzają wdrożenie procedur, mających na celu zachowanie w poufności tych informacji.

W ustalonym stanie faktycznym Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., przez odmowę udostępnienia części oferty wykonawcy Pojazdy Szynowe Bydgoszcz PESA S.A., tj. załącznika Nr 4 do siwz zawierającego parametry techniczne oferowanego tramwaju oraz załącznika nr 4 w ofercie Konsorcjum NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o. w części, co do której wykonawca podtrzymał zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorca, tj. z wyłączeniem poz. lp.3.1 - 3.7 tabeli, na skutek uznania, że zachodzą przesłanki skutecznego wyłączenia jawności informacji zawartych w ww. załączniku, jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodzić się należy w zupełności z twierdzeniem odwołującego, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z elementarnych zasad obowiązujących w prawie zamówień publicznych. Zasada ta doznaje jednak ograniczenia wynikającego z art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może zastrzec, że nie mogą być udostępniane podane przez niego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 u.z.n.k. 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. Na zamawiającym ciąży przy tym obowiązek zbadania zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę w ofercie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w oparciu o wyjaśnienia wykonawcy.

Z legalnej definicji terminu „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartej w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. wynika, że za taką tajemnicę może być uznana informacja, która spełnia łącznie trzy warunki:

1. jest to informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna lub inna posiadająca wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. wobec informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

Zastrzeżony przez wykonawców załącznik Nr 4 zawiera parametry techniczne dotyczące oferowanym przez wykonawców tramwajów, zarówno w zakresie charakterystyki ogólnej jak i charakterystyki szczegółowej, w tym parametry podlegające ocenie przez zamawiającego: udział niskiej podłogi w przedziale pasażerskim, szerokość przejścia w przedziale pasażerskim, dostosowanie położenia wysokości podłogi do zużycia kół i obciążenia, średnica nowych kół napędowych, materiały użyte na konstrukcję nośną pojazdu, poziom dźwięku A, liczba drzwi dwustrumieniowych dla każdej ze stron tramwaju.

W ocenie Izby, nie ulega żadnym wątpliwościom fakt, że informacje zawarte w załączniku nr 4 do siwz są informacjami technicznymi oferowanych w postępowaniu tramwajów. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że informacje te nie wypełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż nie posiadają wartości gospodarczej, technicznej czy technologicznej, a ich ujawnienie nie może prowadzić do jakichkolwiek negatywnych skutków gospodarczych dla wykonawców. W szczególności Izba zważyła, że pomimo wskazania przez zamawiającego w siwz wymagań minimalnych, to w załączniku nr 4 należało podać konkretne rzeczywiste parametry charakteryzujące oferowany pojazd. Są to parametry, które niosą ze sobą zarówno informację techniczną, jak i technologiczną.

Izba uznała za nieudowodnione twierdzenie odwołującego, że wykonawca Modertrans Poznań sp. z o.o. oraz Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. na swoich stronach internetowych podają podstawowe specyfikacje techniczne oferowanych przez nich tramwajów, które częściowo pokrywają się z informacjami wskazanymi w załączniku nr 4. Jak wyjaśnili obaj przystępujący, publikowane na stronach internetowych parametry techniczne pojazdów dotyczą wyłącznie pojazdów, które znajdują się już w eksploatacji. Zawarte w załączniku nr 4 do siwz informacje dotyczą pojazdów prototypowych opartych na rozwiązaniach technicznych (w tym konstrukcyjnych), które są dedykowane specjalnie do przedmiotowego zamówienia. Twierdzenia powyższe wykonawców poparł także zamawiający, wyjaśniając, iż z porównania informacji zawartych w ofertach z informacjami dostępnymi na stronach internetowych przystępujących wynika, że nie są to tożsame informacje. Podobne oświadczenie zostało zawarte w notatce służbowej sporządzonej w dniu 20 grudnia 2011 r. z posiedzenia komisji przetargowej powołanej przez zamawiającego do przedmiotowego postępowania, stanowiącej załącznik do protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba zważyła także, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. nie określa poziomu szczegółowości informacji technicznych, które mogą podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zatem nie ma znaczenia fakt, że informacje zawarte w załączniku nr 4 stanowią w części „podstawowe” parametry oferowanych tramwajów. W ocenie Izby, „podstawowe” informacje techniczne, w świetle art. 11 ust. 4 u.z.n.k., podlegają ochronie wówczas gdy są to informacje, które nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz przedsiębiorca przedsięwziął działania mające na celu zachowanie tych informacji w poufności. W ocenie Izby, informacje zawarte w załączniku nr 4 pomimo, że w odniesieniu do pojazdów będących w eksploatacji są powszechnie dostępne, to dotyczące pojazdu w fazie projektu lub prototypu, w szczególności w określonym zestawieniu, które de facto stanowi zbiór informacji technicznych charakteryzujących pojazd, mogą podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z pewnością pojedynczy parametr wyjęty z załącznika nr 4 nie niesie ze sobą znacznej wartości technicznej, jednak informacje te przedstawione w połączeniu, stanowią uporządkowany zbiór informacji, którego szczegółowa analiza może prowadzić do identyfikacji zastosowanych rozwiązań konstrukcyjnych i technologicznych, a także, jak wskazywali przystępujący - do identyfikacji dostawców. Powzięcie tych informacji przez firmy konkurencyjne może być wykorzystane w celu osłabienia pozycji rynkowej danego przedsiębiorcy. Jak wynika z wyjaśnień złożonych na rozprawie przez odwołującego i przystępujących, na przedmiotowym rynku, z uwagi na jego wąski i specjalistyczny charakter, ochrona informacji technicznych dotyczących wprowadzanych na rynek nowych rozwiązań konstrukcyjnych tramwajów, jest powszechną praktyką. Informacje te są

chronione m.in. z tego względu, że w postępowaniach o zamówienia publiczne na tramwaje w przeważającej części zamawiający kierują się przy wyborze oferty najkorzystniejszej oprócz ceny także kryteriami technicznymi. Wysokie nakłady, ponoszone przez producenta na rozwój produktu i opracowanie coraz lepszych rozwiązań konstrukcyjnych, w pełni uzasadniają podejmowane przez przedsiębiorców działania w celu ich ochrony przed ujawnieniem firmom konkurencyjnym.

Ponadto, wskazać należy, że przepisy ustawy Pzp nie wyłączają możliwości zastrzeżenia przez wykonawców, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert w danym postępowaniu. Zatem fakt, że określone informacje techniczne są oceniane w ramach kryteriów oceny ofert nie może mieć decydującego znaczenia dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Niewątpliwie, dane techniczne zawarte w załączniku nr 4 mają znaczenie dla kontroli zgodności (lub nie) przedmiotu oferty wykonawców z wymaganiami specyfikacji oraz kontroli prawidłowości dokonanej oceny ofert pod względem ustalonych kryteriów oceny ofert. W przypadku jednak, gdy w świetle art. 8 ust. 3 Pzp i art. 11 ust. 4 u.z.n.k. informacje te podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, dostęp wykonawców do tych informacji musi być ograniczony. Zauważyć należy, że dokonanie prawidłowej oceny ofert zawsze spoczywa na zamawiającym, który ponosi pełną odpowiedzialność w tym zakresie.

Izba wskazuje również, że ocena czy dana informacja techniczna stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa powinna być dokonywana każdorazowo, biorąc pod uwagę konkretne okoliczności faktyczne. Ochrona informacji leży wyłącznie w gestii przedsiębiorcy. Tego samego rodzaju informacje techniczne mogą być ujawnione przez jednego przedsiębiorcę, a jednocześnie inny przedsiębiorca może zachowywać je w poufności. Podobnie, w gestii przedsiębiorcy leży decyzja co do czasu, w przeciągu którego dane informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z tego punktu widzenia fakt, że Konsorcjum NEWAG S.A., Modertrans Poznań Sp. z o.o. zdecydowało się na odtajnienie danych z załącznika nr 4 do siwz w zakresie od lp 3.1 do lp 3.7 tabeli nie przesądza o tym, że dane techniczne zawarte w części „Parametry podlegające ocenie w ofercie” nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do innych przedsiębiorców.

W oparciu o powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....