

**WYROK**

**z dnia 4 czerwca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Astaldi S.p.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) T.M.E S.p.A., (3) Termomeccanica Ecologia**, adres dla pełnomocnika: **Via G.V. Bona 65, 00-156 Rzym, Włochy** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o., ul. Sulańska 13, 62-510 Konin**

przy udziale:

- A. wykonawcy **RAFAKO S.A. ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) WARBUD S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) VINCI Environnement SAS., (3) VINCI Environnement Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- C. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Integral Engineering und Umwelttechnik GmbH (pełnomocnik konsorcjum), (2) INTROL S.A., (3) ERBUD S.A., adres dla pełnomocnika: Grosse Neugasse 8, 1040 Wiedeń, Austria** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- D. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) BUDIMEX S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Keppel Seghers Belgium NV, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

- E. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Bilfinger Berger Budownictwo S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Valoriza Servicios Medioambientales S.A., (3) JFE Engineering Corporation, adres dla pełnomocnika: ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- F. wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- G. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) GROS-POL Spółka z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Jakob Stiefel GmbH, adres dla pełnomocnika: ul. Żmigrodzka 7, 60-171 Poznań** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu uznać za bezskuteczne zastrzeżenie przez wykonawców informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie załącznika nr 5 - Wykaz robót budowlanych (...) oraz załącznika nr 6a – Wykaz osób (...) i w zakresie części B (technicznej) oraz nakazuje odtajnienie tych informacji z uwzględnieniem wytycznych zawartych w uzasadnieniu wyroku;

2. kosztami postępowania obciąża:

- **RAFAKO S.A. ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz;**
- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) WARBUD S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) VINCI Environnement SAS., (3) VINCI Environnement Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa;**
- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Integral Engineering und Umwelttechnik GmbH (pełnomocnik konsorcjum), (2) INTROL S.A., (3) ERBUD S.A., adres dla pełnomocnika: Grosse Neugasse 8, 1040 Wiedeń, Austria i:**

- 2.1. 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: (1) Astaldi S.p.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) T.M.E S.p.A., (3) Termomeccanica Ecologia, adres dla pełnomocnika: Via G.V. Bona 65, 00-156 Rzym, Włochy** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **RAFAKO S.A. ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Astaldi S.p.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) T.M.E S.p.A., (3) Termomeccanica Ecologia, adres dla pełnomocnika: Via G.V. Bona 65, 00-156 Rzym, Włochy** kwotę **7866 zł 66 gr** (słownie: siedem tysięcy osiemset sześćdziesiąt sześć złotych, sześćdziesiąt sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.3. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) WARBUD S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) VINCI Environnement SAS., (3) VINCI Environnement Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Astaldi S.p.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) T.M.E S.p.A., (3) Termomeccanica Ecologia, adres dla pełnomocnika: Via G.V. Bona 65, 00-156 Rzym, Włochy** kwotę **7866 zł 67 gr** (słownie: siedem tysięcy osiemset sześćdziesiąt sześć złotych, sześćdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.4. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Integral Engineering und Umwelttechnik GmbH (pełnomocnik konsorcjum), (2) INTROL S.A., (3) ERBUD S.A., adres dla pełnomocnika: Grosse Neugasse 8, 1040 Wiedeń, Austria** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Astaldi S.p.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) T.M.E S.p.A., (3) Termomeccanica Ecologia, adres dla pełnomocnika: Via G.V. Bona 65, 00-156 Rzym, Włochy** kwotę **7866 zł 67 gr** (słownie: siedem tysięcy osiemset sześćdziesiąt sześć złotych, sześćdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Koninie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum Astaldi S.p.A. Oraz T.M.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia (Włochy) [dalej także Odwołujący lub Konsorcjum Astaldi] wnieśli odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o., z Konina, którego przedmiotem jest „Budowa Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie w ramach projektu pn: „Uporządkowanie Gospodarki Odpadami na terenie subregionu Konińskiego”. Odwołanie zostało wniesione od niezgodnej z prawem czynności odmowy udostępnienia zastrzeżonej przez Wykonawców treści ofert złożonych w Postępowaniu. Działanie Zamawiającego polegające na odmowie dostępu do zastrzeżonych treści ofert narusza zdaniem wykonawcy następujące przepisy ustawy Pzp art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 86 ust. 1 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem wykonawcy w świetle przepisów prawa, podlegają udostępnieniu informacje zawarte w szczególności; (1) w wykazie dotychczas wykonanych robót, (2) wykazie personelu, oraz (3) części B oferty, która nie zawiera indywidualnych rozwiązań lub stanowiących know-how wykonawcy. W uzasadnieniu podał, że w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie zostały złożone oferty przez dziesięciu wykonawców, a mianowicie przez:

1. Konsorcjum firm: H. Cegielski-Poznań S.A., GROS-POL Plus Sp. z o.o., Jakob Stiefel GmbH, które zastrzegło, jako tajemnicę przedsiębiorstwa (1)całą treść załącznika nr 6a zawierającego wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, (2) Opis ogólny projektu oraz (3) część B oferty stanowiącą jej część techniczną wraz z rysunkami oraz dokumentacją techniczną [Konsorcjum GROS-POL Plus];
2. Konsorcjum firm: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH (Austria) (lider), INTROL S.A., ERBUD S.A., które zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa (1)całą treść załącznika nr 6a zawierającego wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz (2) część B oferty stanowiącą jej część techniczną w tym opisy techniczne, rysunki i opisy rysunków [Konsorcjum Erbud];
3. Konsorcjum firm: BUDIMEX S.A., Keppel Seghers Belgium N.V., które zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa (1)opis techniczny wszystkich węzłów technologicznych

instalacji, w tym tekst opisowy, rysunki, schematy, tabele i inne informacje czyli część B oferty stanowiącą jej część techniczną w tym opisy techniczne, rysunki oraz opisy rysunków [Konsorcjum BUDIMEX];

4. Konsorcjum firm: WARBUD S.A. (lider), VINCI Environnement SAS (Francja), VINCI Environnement Polska Sp. z o.o., które zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa (1)całą treść załącznika nr 6a zawierającego wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, (2) załącznik nr 1b Wykaz gwarancji i parametrów gwarantowanych, a także (3) informacje stanowiące podstawę do oceny oferty w kryterium technicznym oraz (4) całą Część B oferty stanowiącą jej część techniczną Konsorcjum firm: [Konsorcjum WARBUD];
5. RAFAKO S.A., która zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa (1) całą treść załącznika nr 6a zawierającego wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz Część B oferty stanowiącą jej część techniczną [wykonawca RAFAKO];
6. STRABAG Sp. z. o.o. która zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa (1) całą treść załącznika nr 6a zawierającego wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz (2) Część B oferty stanowiącą jej część techniczną, a także (3) załącznik nr 5 zawierający wykaz robót [wykonawca STRABAG];
7. Konsorcjum firm: Bilfinger Berger Budownictwo S.A. (lider), Valoriza Servicios Medioambientales S.A., JFE Engineering Corporation, które zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa (1) całą treść Części B oferty stanowiącą jej część techniczną [Konsorcjum Bilfinger Berger] ;
8. Mostostal Warszawa S.A., która zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa (1) całą treść Części B oferty stanowiącą jej część techniczną [wykonawca Mostostal];
9. Konsorcjum firm: Polimex-Mostostal S.A., Fisia Babcock Environment GmbH, które zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa(1) całą treść Części B oferty stanowiącą jej część techniczną [Konsorcjum Polimex-Mostostal].

Podał także, że Odwołujący zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 25.04.2012 r. zastrzegł jedynie jako tajemnicę przedsiębiorstwa - informacje dotyczące indywidualnie zaprojektowanych rozwiązań technologicznych i konstrukcyjnych oraz dobranych systemów i urządzeń składających się na dostosowane do potrzeb Zamawiającego rozwiązanie stanowiące know-how Odwołującego. Wskazał również, że - jak wielokrotnie podkreślano w doktrynie i orzecznictwie - zasada jawności, jako podstawowa zasada systemu zamówień publicznych doznaje ograniczeń jedynie w sytuacji wskazanej w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, gdy wykonawca zastrzegł w ofercie bądź we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z dyspozycją art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne,

organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wskazując na orzecznictwo (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), wykonawca stwierdził, że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki: (1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, (2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, (3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Podał także, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Zgodnie z powołanym wyrokiem Sądu Najwyższego „Informacja (wiadomość) "nieujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie "tajemnicy", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, może ona być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nieujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano." Trzeba też pamiętać że konieczną przesłaną do uznania danej informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa jest też podjęcie uprzednio niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności. Jak wskazuje Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 marca 2003 r., I CKN 89/01: „wykorzystywanie we własnej działalności gospodarczej informacji, co do których przedsiębiorca (pracodawca) nie podjął uprzednio niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności, należy traktować jako wykorzystanie powszechnej wiedzy, do której przedsiębiorca nie ma żadnych ustawowych uprawnień. Innymi słowy, przepis art. 11 ust. 4 ustawy oznk wyklucza uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001/4/59; wyrok SN z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002/5/67)." Wykonawca podał także, że w wyroku z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00 Sąd Najwyższy stwierdził: „Podjęcie niezbędnych działań

w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Zatem, jak zauważa się w literaturze przedmiotu, na przedsiębiorcy spoczywa dodatkowy ciężar podjęcia odpowiednich działań organizacyjnych i porządkowych w celu utrzymania danej wiadomości w tajemnicy." Ponadto zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r., V CSK 444/06 (...) Zarówno art. 39 ust. 2 TRIPS, jak i art. 11 ust. 4 z.n.k. nie precyzują dokładnie, jakim konkretnie działaniom ochronnym muszą być poddane tajemnice przedsiębiorstwa (informacje nieujawnione), aby można było traktować je jako poufne. W unormowaniach tych mówi się jedynie, że działania te muszą być "odpowiednie" (art. 11 ust. 4 z.n.k.), "rozsądne w danych okolicznościach" (art. 39 ust. 2 TRIPS). Ocena określonych działań jako odpowiednich, czy też rozsądnych w rozumieniu powołanych przepisów, może przedstawiać się różnie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku. Podkreślić należy, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle (co podkreśla Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05 wskazując, iż: „Jedną z zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest przewidziana w art. 8 ust. 1 Pr.z.p. zasada jawności postępowania, z ustawowo określonymi wyjątkami, pozwalającymi na ograniczenie dostępu do określonych informacji. Przepis art. 8 ust. 2 Pr.z.p., zawierający wyjątek od zasady zawartej w art. 8 ust. 1 Pr.z.p., jest źródłem uprawnienia zamawiającego ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak skorzystanie z tego uprawnienia ustawodawca ograniczył tylko do przypadków określonych w ustawie"). Dla skutecznego dokonania zastrzeżenia niezbędne jest wykazanie przesłanek zasadności takiego zastrzeżenia. Wykonawca dokonujący zastrzeżenia winien przedstawić stosowne dowody, że zastrzegana informacja podlega ochronie ze względu na swój charakter oraz, że legalną drogą nie można jej uzyskać, a przedsiębiorca podjął niezbędne kroki w celu zachowania jej poufności, a także wskazać na posiadaną przez nią wartość gospodarczą. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2011 r., Sygn. akt: KIO 73/11, KIO 74/11, KIO 75/11, KIO 76/11, KIO 77/11, KIO 78/11, KIO 83/11, KIO 84/11, wymóg skuteczności zastrzeżenia w postaci nieujawnienia do wiadomości publicznej nie zostaje spełniony w sytuacji, gdy wykonawcy, którzy nie utajnili treści swoich (...) wykazywali się doświadczeniem w wykonaniu tożsamyh zamówień, co do których inni wykonawcy zdecydowali się na zastrzeżenie tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał również na kim spoczywa dowód w przypadku zarzutu nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest takim podmiotem Odwołujący, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, lecz składający zastrzeżenie. To nie Odwołujący winien



przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych w ofertach. Ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywa on na wykonawcach, którzy takie zastrzeżenie poczynili. Gdyby okazało się, że wyjaśnienia wykonawców złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie potwierdziły, konieczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżeń poczynionych w ofertach, to takie zastrzeżenia należy uznać za niebyłe i odtajnić treść ofert. W celu wykazania się spełnieniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa nie wystarczy powołanie się na bogate orzecznictwo w tym zakresie, lecz rzeczywiste wykazanie spełnienia powyższych przesłanek w konkretnym stanie faktycznym. Za niewystarczające należy uznać wyjaśnienia wykonawców, powołujących się w treści wyjaśnień na określone regulacje, jednak nieprzedstawiających w tym zakresie żadnych dowodów. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), zamawiający winien zbadać „skuteczność dokonanego przez oferenta (...) zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.” We wskazanym wyroku Sąd Najwyższy podniósł, że: „badanie przez zamawiającego skuteczności dokonanego przez oferenta zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji mieści się w płaszczyźnie obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego.” Jak słusznie wskazuje KIO w wyrok z dnia 26 stycznia 2012 r., KIO 100/12: „Niewykonanie tego obowiązku może doprowadzić do wadliwości postępowania o udzielenie zamówienia mogącego skutkować wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia. Okoliczność ta może być ponadto przedmiotem oceny organów uprawnionych do badania kwestii związanych z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych w zakresie racjonalności, gospodarności wydatkowania środków publicznych.” Nie ulega wątpliwości, że niektóre informacje zawarte we wnioskach czy też w ofertach dotyczące chociażby relacji handlowych z innymi podmiotami - często niechętnie są upubliczniane przez wykonawców, ze względu na prowadzoną politykę firmy, jednak powyższy argument nie daje wykonawcy podstaw do zastrzegania takich informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednakże należy mieć na uwadze, że: „Zgodnie z przyjętym w literaturze przedmiotu poglądem, decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze publicznie znana, że jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu.” (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00) Ponadto trzeba mieć na

uwadze, że: „Zastrzeżenie dochowania poufności, złożone w ofercie wybranej w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych, nie stanowi podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego" ( tak: wyrok SO w Kaliszu z 25.02.2005 r., sygn. akt II Ca 706/04). Jak zauważyła KIO w powoływanym wyroku 331/12: „Zastrzeganie informacji zawartych w wnioskach/ ofertach - stało się wielokrotnie - sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych wnioskach/ ofertach. Zamawiający zaś uchylając się od obowiązku rzetelnego zbadania takiego zastrzeżenia niejednokrotnie bezkrytycznie przyjmuje takie zastrzeżenia, nawet w przypadkach, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji - co zdaniem Izby zasługuje na dezaprobatę i prowadzi do złamania podstawowej zasady, jaką jest zasada jawności. Należy zauważyć, że wykonawca, przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien liczyć się ze wszystkimi jego konsekwencjami, t.j. chociażby, że część z informacji - istotnych dla niego z subiektywnego punktu widzenia - ze względu na zasadę jawności zostanie udostępniony innym wykonawcom uczestniczącym w tym postępowaniu. Izba przypomina, że obowiązkiem spoczywającym na Zamawiającym, jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa". Podobnie KIO w wyroku z dnia 26 stycznia 2012 r., KIO 100/12: „Nie można akceptować coraz częstszych praktyk, że wykonawcy zajmujący drugą pozycję na listach rankingowych oceny i wyboru ofert, nie są w stanie w żaden sposób sprawdzić, czy inna złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ, gdyż wykonawcy coraz częściej zastrzegają informacje, które przy dokładnej analizie nie spełniają wymogów z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. (...) 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 i organowi rozpatrującemu ewentualne odwołanie w tym zakresie, odniesienie się do zastrzeżonych informacji". KIO w cyt. wyroku z dnia 26 stycznia 2012 podkreśliła, że (...) Nie jest zatem wystarczające wskazanie w wyjaśnieniach, że zastrzegane informacje zostały przygotowane specjalnie dla tego

postępowania i zawierają dane o charakterze technologicznym i organizacyjnym, posiadają indywidualny charakter i stanowią know-how wykonawcy. Ponadto zwrócić należy uwagę, że przepis art. 8 ust. 3 p.z.p. implementuje art. 6 dyrektywy europejskiej 18/2004. Jak słusznie zauważa KIO w wyroku z dnia 18 stycznia 2012 r., KIO 59/12, Trybunał Sprawiedliwości Unii europejskiej (TS) w swoich orzeczeniach dotyczących tej materii kładzie nacisk na zbilansowanie interesu wykonawcy w zachowaniu poufności pewnych informacji z koniecznością zapewnienia ochrony prawnej innym wykonawcom. Zamawiający dokonując badania zasadności utajnienia części oferty winien rozważyć czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje mające co prawda charakter poufny, posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą, iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania. W wymienionym wyroku KIO stwierdza, że „(...) zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokumenty jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia które mogą stanowić tajemnicą przedsiębiorstwa. Takimi informacjami zasadnie zastrzeżonymi mogą być np. tylko nazwa określonego partnera handlowego, istotne postanowienia porozumień partnerskich czy pewne dane stanowiące określona wartość gospodarczą dla danego wykonawcy. Tym samym w danym dokumencie oferty mogą zostać utajnione tylko określone jego części, stanowiące fragment danego dokumentu. Dlatego też utajnienie w ofercie wybranego wykonawcy ponad 130 stron oferty we wszystkich jej elementach kłóci się z obowiązkiem ścisłej interpretacji tego przepisu.”

Wskazując na dotychczas wymienione zarzuty podał, że zastrzeżenie treści załącznika nr 5 do oferty - wykaz zrealizowanych zamówień, jakich żąda Zamawiający, obejmujące dane dotyczące przedmiotu zamówienia, wartości usługi/dostawy, terminu realizacji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności jeśli są udostępniane przez samego wykonawcę, np. w Internecie. Zwrócił przykładowo uwagę na wyrok KIO z dnia 5 września 2008 r., KIO/UZP 874/08, zgodnie z którym: „Na podstawie informacji dostępnych na stronie internetowej B. Sp. z o.o. Izba ustaliła, że Wykonawca udostępnił informację o systemach objętych wykazem, ze wskazaniem ich celu, zakresu, jak również klientów, dla których były one realizowane. Tym samym informacje objęte wykazem zamówień (przedmiot oraz odbiorca) nie spełniają jednej z przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. nieujawnienia do wiadomości publicznej. Ponieważ informacje dotyczące wartości zamówienia, jak i daty realizacji wynikają pośrednio z warunku określonego przez Zamawiającego, Izba uznała, iż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa. Każdy zainteresowany może określić minimalną wartość objętych wykazem systemów (900.000 PLN), jak również okres, w którym miały być realizowane (3 lata przed wszczęciem postępowania). Mając na uwadze przede wszystkim okoliczność, iż

sam Wykonawca podał do publicznej wiadomości na własnej stronie internetowej informacje o wykonywanych przez niego systemach, a którą to informację następnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała, iż wykaz usług nie może korzystać z ochrony wprowadzonej artykułem 8 ust. 3 ustawy p.z.p.". Tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy Pzp nie są też, co do zasady, dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług/dostaw, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że zostały wykonane w sposób należyty. Stąd zastrzeżenie poczynione przez Wykonawcę STRABAG Sp. z o.o., który zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz robót zawarty w załączniku nr 5 do oferty, nie może być uznane za korzystające z ochrony prawnej i jako takie musi podlegać odtajnieniu. Wykaz sam w sobie, tylko poprzez nagromadzenie, w jednym zestawieniu informacji, nie może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. O tajemnicy przedsiębiorstwa decyduje bowiem charakter informacji, jakie zostały zastrzeżone a nie ich ujęcie w jednym dokumencie: „Zastrzeżeniu oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa może podlegać tylko niezbędny jej fragment czy nawet określony zapis, chyba, że ujawnienie tej części informacji stanowiłoby podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ale ten fakt to wykonawca, winien wykazać zamawiającemu. Ocenie zamawiającego winien podlegać każdy zastrzeżony dokument oferty, każda jego strona (...) wynikająca z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy p.z.p., zasada jawności postępowania o zamówienia publicznego, obok zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest zasadą generalną prawa zamówień publicznych." (wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2012 r., KIO 100/12). Jak wskazano w wyroku KIO nr 331/12: „Podkreślenia również wymaga, że informacje zawarte w wykazie zrealizowanych zamówień, jakich żąda zamawiający obejmujące dane dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości usługi/dostawy, terminu realizacji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem jawność informacji dotycząca nazw odbiorców, dat wykonania czy wartości nie może być w tym przypadku ograniczona. Izba powołuje w tym miejscu tezę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/2000), gdzie wskazano, że: „zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć". Informacja nieujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z samego produktu każdy fachowiec poznać może kto daną usługę wykonał (podobnie Wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. I CKN 304/00 OSNC 2001/4/59). Tym samym Izba uznała, że skoro wykonawca nie rozciągnął ochrony na informacje w składanych wyjaśnieniach - wyjaśnienia składanie przez IBM Polska Sp. z o.o. w piśmie z dnia 23

stycznia 2012 r. - to należało uznać, że powyższe informacje nie mają już dla wykonawcy szczególnego charakteru i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Pogląd powyższy został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2011 r., Sygn. akt: KIO 73/11, KIO 74/11, KIO 75/11, KIO 76/11, KIO 77/11, KIO 78/11, KIO 83/11, KIO 84/11. Stanowisko Izby wydaje się być tym bardziej zasadne, uwzględniając okoliczność, że Zamawiający przesyłając dokumentację do Krajowej Izby Odwoławczej w związku z toczącym się postępowaniem odwoławczym, umieścił powyższy dokument w części dotyczącej przebiegu postępowania, nie zastrzegając, że jest to dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawcy - z uwagi na brak takiego zastrzeżenia - zgodnie z § 8 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) mogli zapoznać z jego treścią". W tym zakresie Izba wzięła pod uwagę, nie tyle kwestie charakteru podmiotu na rzecz, którego zrealizowano zamówienie, ale fakt że wbrew stanowisku Zamawiającego, a głównie Przystępującego, w zakresie informacji dotyczących tych zamówień nie zachowano wszystkich trzech przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Należy bowiem wskazać, że zostały ujawnione do wiadomości publicznej dane dotyczące niniejszych zamówień, tzn. tak stron, wartości zamówienia, terminu wykonania, jak i szczegółowego przedmiotu zamówienia, czy też wzoru umowy. Niniejsze dane są powszechnie dostępne i każdy zainteresowany może je uzyskać na stronach internetowych podmiotu zamawiającego, jak i w publikatorze ogłoszeń o udzieleniu zamówienia. Tym samym informacje objęte wykazem wykonanych usług (strony, przedmiot, przyporządkowanie dokonane przez Przystępującego względem warunków wymaganej wiedzy i doświadczenia, data wykonania oraz wartość zamówienia), jak i informacje objęte dokumentami potwierdzającym należyte wykonanie wykazanych usług nie spełniają, jednej z przesłanek o których mowa w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., tj. nie ujawnienia do wiadomości publicznej. W konsekwencji Izba uznała, iż poz. 1 i 3 wykazu wykonanych usług nie może korzystać z ochrony wprowadzonej art. 8 ust. 3 p.z.p. Odwołujący zwrócił uwagę także na postanowienie KIO z dnia 20 lipca 2011 r., KIO 1438/11: „W tym zakresie Izba wzięła pod uwagę, nie tyle kwestie charakteru podmiotu na rzecz, którego zrealizowano zamówienie, ale fakt, że wbrew stanowisku Zamawiającego, a głównie Przystępującego, w zakresie informacji dotyczących tych zamówień nie zachowano wszystkich trzech przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Należy bowiem wskazać, że zostały ujawnione do wiadomości publicznej dane dotyczące niniejszych zamówień, tzn. tak stron, wartości zamówienia, terminu wykonania, jak i szczegółowego przedmiotu zamówienia, czy też wzoru umowy. Niniejsze dane są powszechnie dostępne i każdy zainteresowany może je uzyskać na stronach internetowych podmiotu zamawiającego, jak i w publikatorze ogłoszeń o udzieleniu zamówienia. Tym samym informacje objęte wykazem wykonanych usług (strony, przedmiot, przyporządkowanie dokonane przez Przystępującego

względem warunków wymaganej wiedzy i doświadczenia, data wykonania oraz wartość zamówienia), jak i informacje objęte dokumentami potwierdzającym należyte wykonanie wykazanych usług nie spełniają, jednej z przesłanek o których mowa w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., tj. nie ujawnienia do wiadomości publicznej." W ślad za Sądem Najwyższym również w orzecznictwie sądów okręgowych podkreśla się, że nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa informacje możliwe do pozyskania drogą zwykłą i dozwoloną, bez specjalnych starań (wyrok sądu apelacyjnego w Gdańsku z dn. 22.04.2008, I ACa 1467/07). Drugi z zarzutów dotyczący zastrzeżenia w całości, przez wykonawców wskazanych wyżej pod numerami 1,2,4,5 i 6, wykazu personelu zostało dokonane – zdaniem Odwołującego - z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 3 Pzp i art. 11 ust. 4 UZNK. Zgodnie z wymogami SIWZ wykaz osób miał zawierać informacje dotyczące doświadczenia tych osób w realizacji kontraktów publicznych, a więc z natury swej jawnych, jak również odpowiednie kwalifikacje, których potwierdzeniem są wydane zgodnie z odpowiednimi przepisami uprawnienia budowlane. Wykonawcy dokonując zastrzeżenia odnośnie wszystkich informacji zawartych w wykazie uczynili to z naruszeniem przepisów, bowiem informacje dotyczące zarówno kwalifikacji danej osoby, jak i jej doświadczenia są informacjami z natury jawnymi, czy to z uwagi na jawność umów w sprawach zamówień publicznych, czy to ze względu na wymogi wynikające z ustawy Prawo budowlane. Odmienne niż w przypadku innych specjalności np. informatyków kwestie dotyczące wymaganych kwalifikacji osób uczestniczących w procesie budowlanym regulują odpowiednie przepisy prawa budowlanego, gdzie dla pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wymagane jest posiadanie uprawnień budowlanych i wpis na listę właściwej izby samorządu budowlanego (właściwej okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa). Odwołujący wskazał, że zarówno w sytuacji gdy wykonawcy, dla wykazania spełnienia warunku opisanego przez Zamawiającego, korzystają z własnych pracowników, jak i w sytuacji, gdy korzystają z zasobów podmiotów trzecich mają obowiązek udowodnić Zamawiającemu możliwość powołania się na te zasoby. Tylko kompletowanie zespołu specjalistów na etapie przed złożeniem oferty, zdaniem wykonawcy, może być objęte tajemnicą z uwagi na fakt potencjalnej możliwości działań ze strony konkurencji, zwłaszcza w przypadku rzadkich poszukiwanych na rynku specjalności. Stąd z natury inaczej należy podchodzić do wykazów składanych na etapie przed złożeniem oferty, we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a inaczej do tych składanych wraz z wiążącymi ofertami. Z chwilą bowiem złożenia oferty tajemnica ta ustaje w czasie i powinna przestać być chroniona, chociaż wcześniej mogła być chroniona z uwagi na konieczność dochowania przez wykonawcę staranności w takim zawarciu umów z kandydatami, aby interes Zamawiającego był chroniony, tzn. aby rzeczywiście było możliwe powołanie się na te zasoby w dniu złożenia oferty. Wobec powyższego każdy z kandydatów powinien złożyć wykonawcy zobowiązanie do udostępnienia swej osoby, w przypadku udzielenia zamówienia

temu wykonawcy. Nie sposób inaczej potraktować poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia, jak tylko jako próbę utrudnienia zweryfikowania przez innych wykonawców składających ofertę spełnienia przez kandydatów warunków udziału w postępowaniu. W ostateczności, gdyby wykonawcy dokonujący przedmiotowego zastrzeżenia rzeczywiście upatrywali w jego dokonaniu działań zgodnych z prawem, chroniących ich interes gospodarczy, to winni jedynie dokonać zastrzeżenia informacji w zakresie podawanych imion i nazwisk poszczególnych kandydatów oraz np. numerów uprawnień, czyli tych danych identyfikacyjnych, które mogłyby utożsamić osobę z opisanymi kwalifikacjami. Informacje zawarte w tym wykazie nie są bowiem na tyle ze sobą powiązane, że ujawnienie informacji z jednej pozycji skutkuje ujawnieniem informacji zawartych w innych pozycjach wykazu. Na poparcie stanowiska wskazał, że skład orzekający Izby w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 2555/08, stwierdził, iż nie mogą zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wykazy osób, które będą wykonywały zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach, a także obsada osobowa na poszczególnych powierzchniach. Informacje zamieszczone w wymienionych wykazach są informacjami jawnymi i zawierają wyłącznie dane wymagane przez zamawiającego w publicznym ogłoszeniu i specyfikacji. *Skład orzekający Izby podzielił pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 8 grudnia 2005 r. (sygn. akt VIII Ca 881/05), który stwierdził, że nie jest możliwe utajnienie dokumentów potwierdzających posiadanie przez osoby odpowiednich uprawnień, w tym także posiadanych kwalifikacji.* Ponadto zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Koszalinie z 8.12.2005 r., sygn. akt VII Ca 881/05, cyt. „Nie spełniają przesłanek uznania za tajemnice przedsiębiorstwa (...) wykaz wykonanych w ostatnich trzech latach usług, wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia wraz z dokumentami poświadczającymi ich kwalifikacje (...), gdyż mieszczą się one w katalogu dokumentów i informacji, których może żądać zamawiający w celu wykazania spełniania warunków do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawowe prawo żądania tego rodzaju dokumentów przez zamawiającego wyklucza możliwość zastrzeżenia przez oferenta wyłączenia ich jawności". W odniesieniu do zarzutu zastrzeżenia całej treści Części B oferty stanowiącej jej część techniczną stwierdził, że wszyscy wymienieni w treści niniejszego odwołania wykonawcy - za wyjątkiem Odwołującego - zastrzegli w sposób nieuprawniony w swych ofertach całą Część B oferty stanowiącą jej część techniczną. Zgodnie z treścią formularza oferty zawartego w SIWZ w części technicznej wykonawca był zobowiązany zamieścić opis techniczny wszystkich węzłów technologicznych instalacji w takim stopniu szczegółowości i jednoznaczności, aby pozwoliło to na przeprowadzenie przez Zamawiającego pełnej oceny, czy przedstawiona oferta wypełnia wszystkie wymagania technologiczne i techniczne określone w rozdziałach 1.9 (Ogólne właściwości funkcjonalno-użytkowe), 1.10.1 (Rozwiązania technologiczne) oraz 1.10.2 (Rozwiązania architektoniczno-budowlane)

Programu Funkcjonalno-Użytkowego (Załącznik nr 10 do SIWZ). Opis ten powinien obejmować co najmniej, ale nie wyłącznie: (1) zestawienie założeń i parametrów wyjściowych przyjętych przez Wykonawcę do opracowania oferowanej konfiguracji technologicznej i technicznej instalacji ZTUO; (2) opis cząstkowych technologii dla wszystkich węzłów i zespołów technologicznych tworzących konfigurację technologiczną instalacji ZTUO wraz z koncepcyjnymi schematami procesowymi oraz bilansami masowymi i energii a także projektowym zużyciem mediów i energii elektrycznej; (3) opis i podstawowe schematy proponowanych rozwiązań systemu sterowania, aparatury pomiarowej i automatyki (AKPiA) oraz elektrycznego; (4) zestawienie parametrów tych zespołów technologicznych i technicznych, które wymagają uzgodnień zewnętrznych w procesie przygotowania projektu budowlanego; (5) opis oraz zestawienie charakterystyk technicznych i eksploatacyjnych wszystkich podstawowych (procesowo ważnych) maszyn i urządzeń przewidzianych do zainstalowania w poszczególnych węzłach technologicznych instalacji, wraz z podaniem potencjalnych dostawców (wykonawców) tych urządzeń; (6) opis planowanych systemowych zabezpieczeń prawidłowego funkcjonowania zespołów technologicznych instalacji oraz zabezpieczeń przeciwpożarowych węzłów technologicznych i obiektów; (7) propozycję wstępnej koncepcji architektonicznej obiektów instalacji wraz z opisem i szkicami elewacji, prezentującymi proponowane rozwiązania; (8) ogólny plan rozmieszczenia obiektów na terenie objętym inwestycją z zaznaczeniem planowanych przyłączy mediów i wyprowadzenia energii; (9) w odniesieniu do oferowanej technologii stabilizowania i zestalania produktów oczyszczania spalin należy przedstawić referencyjne obiekty (wraz z danymi kontaktowymi osób/firm w celu możliwości zweryfikowania danych), gdzie jakość procesu stabilizowania i zestalania produktów oczyszczania spalin jest weryfikowana tak, jak tego się wymaga w niniejszym projekcie (według procedury przedstawionej w PFU - rozdziały 1.9.3 i 1.10.1.8 oraz w załączniku nr 11 do SIWZ „Wykaz wymagań gwarancyjnych i Parametrów Gwarantowanych”, tabela 2, poz. 3/PT) i w których wykorzystuje się technologię oferowaną przez wykonawcę. W ocenie Odwołującego, zastrzeżenie przez wykonawców wszystkich informacji składających się na Część B oferty miało na celu jedynie uniemożliwienie pozostałym wykonawcom dokonania oceny poprawności opisu i przeprowadzenia weryfikacji spełnienia oczekiwanych przez zamawiającego założeń, w tym uniemożliwienie dokonania oceny poprawności zadeklarowanych w ofercie parametrów podlegających ocenie. Tylko indywidualnie dobrane rozwiązania oraz stanowiące know-how wykonawcy mogą być przedmiotem poczynionych zastrzeżeń. Tylko taka część opisu, która zawiera szczegółowe opisy indywidualnych rozwiązań technicznych proponowanych przez wykonawcę, dedykowanych do przedmiotu zamówienia stanowi, o elemencie charakteryzującym ofertę tego wykonawcy i wolą wykonawcy może zostać utajniona. Objęcie tajemnicą informacji dotyczącej części



budowlano architektonicznej i technologicznej instalacji nie może mieć miejsca bowiem to Zamawiający określił w Programie Funkcjonalno Użytkowym stanowiącym część SIWZ technologię wykonania przedmiotu zamówienia. Informacje zawarte w Części B oferty wymagane do oceny ofert stanowiące zestawienie wartości parametrów i danych niezbędnych do wyliczenia punktacji tylko w takim zakresie mogą być przedmiotem zastrzeżenia, w jakim stanowią wynik indywidualnego podejścia wykonawcy. (wyrok KIO z dnia 9 marca 2012 r., KIO 385/12) Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający dokonał badania poprawności poczynionych w ofertach zastrzeżeń kierując do wykonawców w dniu 23 kwietnia 2012 r. prośbę o wyjaśnienia w tym zakresie, po otrzymaniu w dniu 26 kwietnia 2012 r. stosowanych wyjaśnień powinien był dokonać oceny tych wyjaśnień pod kątem prawidłowości zastrzeżenia, biorąc pod uwagę fakt, że ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający przyjął w tym zakresie wyjaśnienia otrzymane od wszystkich wykonawców. Skoro bowiem w dniu 08 maja 2012 r., w którym przedstawiciel Odwołującego zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie treści złożonych w Postępowaniu ofert, Zamawiający udostępnił mu jedynie te fragmenty ofert, które wykonawcy uznali za jawne w terminie ich składania, zaś w pozostałym zakresie nie ubezszkudził dokonanych pierwotnie zastrzeżeń dokonanych przez wykonawców, to należy przyjąć, że Zamawiający zaakceptował otrzymane wyjaśnienia bez zastrzeżeń. Takie działanie Zamawiającego stoi w sprzeczności z obowiązkiem przeprowadzenia szczegółowego badania zastrzeżeń i otrzymanych wyjaśnień.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili: (1) wykonawca RAFAKO S.A. z Raciborza, (2) konsorcjum Warbud, (3) konsorcjum ERBUD, (4) konsorcjum BUDIMEX, (5) konsorcjum Bilfinger Berger, (6) wykonawca Mostostal oraz (7) konsorcjum GROS-POL– wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w piśmie z dnia 30 maja 2012 r. uwzględnił odwołanie w całości. Wobec uwzględnienia w całości zarzutów został wniesiony na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp sprzeciw do protokołu przez wykonawcę RAFAKO, Konsorcjum Warbud oraz Konsorcjum ERBUD.

**Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty podnoszone w odwołaniu dotyczą art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pp. i art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 86 ust. 1 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający odmówił – niezasadnie zdaniem wykonawcy - dostępu do zastrzeżonych w treści ofert informacji zawartych w Wykazie dotychczas wykonanych robót (...) [załącznik nr 5] oraz w Wykazie personelu (...) [załącznik nr 6a] i w części B oferty, która nie zawierała w całym dokumencie – w opinii Odwołującego - indywidualnych rozwiązań lub stanowiących know-how wykonawcy. Tak jak ustaliła Izba, odmowa dostępu do tych informacji została poprzedzona zapytaniem Zamawiającego - pismo z dnia 23 kwietnia 2012 r. - dlaczego zastrzeżone w ofercie informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Następnie skutek wniesionego odwołania i zawartej w nim argumentacji Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty wskazane powyżej.

Rozpoznając odwołanie, Izba miała na uwadze dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne. Zdaniem Izby, taki obowiązek ustawa Pzp nakłada także na przystępującego wykonawcę, także wówczas gdy wnosi sprzeciw, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości odwołania. Uznając, że podnoszone w odwołaniu zarzuty nie są zasadne Izba uwzględniła przede wszystkim poglądy wynikające z doktryny i orzecznictwa, w tym orzecznictwa KIO oraz sądowego, w tym Sądu Najwyższego, że zasada jawności, jako podstawowa zasada systemu zamówień publicznych doznaje ograniczeń jedynie w sytuacji wskazanej w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu zastrzeżenie może dotyczyć tylko informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i oczywiście nastąpić najpóźniej z momentem złożenia wniosku bądź oferty. Zgodnie z dyspozycją art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym

samym za skutecznie zastrzeżone mogą być uznane tylko takie informacje, co do których zostały spełnione łącznie następujące warunki: (1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, (2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, (3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Tak jak słusznie zauważył - powołując się na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażane w wyrokach [wyrok z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001/4/59; wyrok SN z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002/5/67] - wnoszący odwołanie wykonawca, że (...) decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze publicznie znana, że jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz, że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu." Tym samym zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi - także zdaniem Izby - podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zwraca także uwagę, że w wyroku z dnia 3 października 2000 r. [I CKN 304/00] Sąd Najwyższy stwierdził, że (...) Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Również Krajowa Izba Odwoławcza w dotychczasowym orzecznictwie zwracała uwagę, że (...) nie jest wystarczające wskazanie w wyjaśnieniach, bez konkretnego uzasadnienia, że zastrzegane informacje zostały przygotowane specjalnie dla tego postępowania i zawierają dane o charakterze technologicznym i organizacyjnym, czy też wartość gospodarczą bądź posiadają indywidualny charakter i stanowią know-how wykonawcy. Zamawiający dokonując zatem badania zasadności utajnienia części oferty – tak jak wskazano w wyroku KIO sygn. akt: 59/12, powołując się także na orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii europejskiej (TS) – powinien rozważyć czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje mające być może charakter poufny, (...) posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą, iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania, ograniczając tym samym innym wykonawcom zapewnienie ochrony prawnej. W orzecznictwie KIO podkreśla się również, że (...) zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokument jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Takimi informacjami zasadnie zastrzeżonymi mogą być np. tylko nazwa określonego partnera handlowego, istotne postanowienia porozumień partnerskich czy

pewne dane stanowiące określoną – uprawdopodobnioną co najmniej - wartość gospodarczą dla danego wykonawcy. Tym samym każdy dokument nie musi [wręcz nie może tak jak wskazany powyżej] podlegać zastrzeżeniu w całości we wszystkich jego elementach, ale tylko w określonej części – w ściśle określonym elemencie.

Pierwszy z zarzutów dotyczący zastrzeżenia w całości Wykazu informacji o dotychczas wykonanych robotach [załącznik nr 5] dotyczy oferty wykonawcy STRABAG sp. z o.o. W tym przypadku wykonawca w piśmie z dnia 25.04.2012 r. przede wszystkim stwierdził, że (...) Informacje zawarte w wykazie robót wraz załącznikami tj. referencjami, nie są dokumentami zawierającymi informacje podane do powszechnej wiadomości, są wystawiane wyłącznie na zlecenie konkretnego wykonawcy, który samodzielnie podejmuje decyzje, czy zamierza ją ujawnić i tym samym wykaz wraz z referencjami nie jest dokumentem zawierającym informacje podane do powszechnej wiadomości”. Stwierdził również, że do realizacji – jednego z zamówień – (...) zamówienia objętego referencją (wykonanego na terenie Republiki Austrii) nie ma zastosowania przepis art. 139 ust. 3 ustawy Pzp obowiązującej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych”. Jego zdaniem, (...) upublicznienie informacji zawartych w referencji pozwoliłoby podmiotom konkurującym z wykonawcą poznać ściśle chronionych informacji dotyczących aspektów działalności gospodarczej tj. polityki cenowej doboru odbiorców i partnerów handlowych. W przypadku drugiego zarzutu dotyczącego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykazu personelu [załącznik nr 6a] Konsorcjum Grospol w wyjaśnieniach przytoczyło w istocie treść przepisu art. 11 ust.4 ustawy o znk, nie podając przede wszystkim jakie działania zostały podjęte w celu zachowania ich poufności. Nie wskazano także za jaki rodzaj informacji ten wykaz jest przez wykonawcę uznany oraz jak informacja o specjalistach ma obrazować strukturę organizacyjną uczestnika Konsorcjum – H.Cegielski – Poznań S.A. i dlaczego nie jest możliwe ujawnienie tej informacji. Z kolei Konsorcjum Erbud stwierdziło, że (...) Podawanie konkurencji danych ww. osób może w skrajnym przypadku doprowadzić do próby ich wrogiego przejęcia przez konkurencyjnych wykonawców, tym bardziej, że rynek potencjalnych firm specjalizujących się w wykonawstwie tego rodzaju obiektów , jak będący przedmiotem zamówienia jest stosunkowo wąski. Utrata ww. osób oznaczałaby konkretną, wymierną stratę finansową dla konsorcjantów lub firm, które z nimi współpracują”. Wykonawca Rafako natomiast w aspekcie tego zarzutu powołał się wyłącznie na dwa wyroki KIO, nie wskazując jakie okoliczności faktyczne, uzasadniają odwoływanie się do tych konkretnych orzeczeń. Rozpoznając te zarzuty Izba uznała, że w podnoszonych przez wykonawców okolicznościach zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji z tych Wykazów było niezasadne i tym samym wskazane zarzuty w całości podlegają uwzględnieniu. Izba

uznała bowiem, że tylko informacja związana z kompletowaniem zespołu specjalistów tj. informacja o osobach z którymi prowadzi się negocjacje – tak jak podnosi się w orzecznictwie KIO i sądowym - na etapie przed złożeniem oferty mogłaby być uznana za informację obiektywnie poufną, zwłaszcza w przypadku rzadkich poszukiwanych na rynku specjalności i tym samym jako tajemnica przedsiębiorstwa korzystać z ochrony przed jej ujawnieniem. Z chwilą złożenia oferty – zdaniem Izby - nie jest możliwe kwalifikowanie listy kandydatów, którzy z chwilą wyboru oferty wykonawcy zostaną skierowani do realizacji zamówienia, jako zawierającej informacje poufne korzystające z takiej ochrony jak przewidziana dla tajemnicy przedsiębiorstwa i niepodlegającej ujawnieniu. W konkluzji Izba stwierdza, że wymienione wyżej informacje wynikające z Wykazu wykonanych robót oraz z Wykazu osób nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnice przedsiębiorstwa, gdyż mieszczą się one przede wszystkim w katalogu dokumentów i informacji, których zamawiający może żądać w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawowe prawo żądania tego rodzaju dokumentów przez zamawiającego wyklucza w konsekwencji, co do zasady, możliwość zastrzeżenia przez oferenta wyłączenia ich jawności w całości.

W zakresie trzeciego z zarzutów - bezpodstawnego zastrzeżenia części B oferty w całości [stanowiącej jej część techniczną], Izba stwierdziła, że zgodnie z treścią formularza oferty zawartego w SIWZ w części technicznej - wykonawca był zobowiązany zamieścić opis techniczny wszystkich węzłów technologicznych instalacji w takim stopniu szczegółowości i jednoznaczności, aby pozwoliło to na przeprowadzenie przez Zamawiającego pełnej oceny, czy przedstawiona oferta wypełnia wszystkie wymagania technologiczne i techniczne określone w rozdziałach 1.9 (Ogólne właściwości funkcjonalno-użytkowe), 1.10.1 (Rozwiązania technologiczne) oraz 1.10.2 (Rozwiązania architektoniczno-budowlane) Programu Funkcjonalno-Użytkowego (Załącznik nr 10 do SIWZ). Taki opis miał obejmować co najmniej: (1) zestawienie założeń i parametrów wyjściowych przyjętych przez wykonawcę do opracowania oferowanej konfiguracji technologicznej i technicznej instalacji ZTUO; (2) opis cząstkowych technologii dla wszystkich węzłów i zespołów technologicznych tworzących konfigurację technologiczną instalacji ZTUO wraz z koncepcyjnymi schematami procesowymi oraz bilansami masowymi i energii a także projektowym zużyciem mediów i energii elektrycznej; (3) opis i podstawowe schematy proponowanych rozwiązań systemu sterowania, aparatury pomiarowej i automatyki (Apia) oraz elektrycznego; (4) zestawienie parametrów tych zespołów technologicznych i technicznych, które wymagają uzgodnień zewnętrznych w procesie przygotowania projektu budowlanego; (5) opis oraz zestawienie charakterystyk technicznych i eksploatacyjnych wszystkich podstawowych (procesowo ważnych) maszyn i urządzeń przewidzianych do zainstalowania w poszczególnych węzłach

technologicznych instalacji, wraz z podaniem potencjalnych dostawców (wykonawców) tych urządzeń; (6) opis planowanych systemowych zabezpieczeń prawidłowego funkcjonowania zespołów technologicznych instalacji oraz zabezpieczeń przeciwpożarowych węzłów technologicznych i obiektów; (7) propozycję wstępnej koncepcji architektonicznej obiektów instalacji wraz z opisem i szkicami elewacji, prezentującymi proponowane rozwiązania; (8) ogólny plan rozmieszczenia obiektów na terenie objętym inwestycją z zaznaczeniem planowanych przyłączy mediów i wyprowadzenia energii; (9) w odniesieniu do oferowanej technologii stabilizowania i zestalania produktów oczyszczania spalin należy przedstawić referencyjne obiekty (wraz z danymi kontaktowymi osób/firm w celu możliwości zweryfikowania danych), gdzie jakość procesu stabilizowania i zestalania produktów oczyszczania spalin jest weryfikowana tak, jak tego się wymaga w niniejszym projekcie (według procedury przedstawionej w PFU - rozdziały 1.9.3 i 1.10.1.8 oraz w załączniku nr 11 do SIWZ „Wykaz wymagań gwarancyjnych i Parametrów Gwarantowanych”, tabela 2, poz. 3/PT) i w których wykorzystuje się technologię oferowaną przez wykonawcę.

Zdaniem Izby, Odwołujący słusznie zauważył, że zastrzeżenie przez wykonawców wszystkich informacji składających się na część B oferty, prowadzi w konsekwencji do uniemożliwienia wykonawcom dokonania oceny poprawności opisu i przeprowadzenia weryfikacji spełnienia oczekiwanych przez zamawiającego założeń, w tym uniemożliwienie dokonania oceny poprawności zadeklarowanych w ofercie parametrów podlegających ocenie. Także zdaniem Izby tylko indywidualnie dobrane rozwiązania oraz stanowiące know-how wykonawcy mogą być przedmiotem zastrzeżeń jako stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa. Tym samym tylko te elementy opisu części B, które zawierają szczegółowe opisy indywidualnych rozwiązań technicznych proponowanych przez wykonawcę, stanowią o elemencie charakteryzującym ofertę tego wykonawcy i mogą nie podlegać ujawnieniu innym wykonawcom. W konkluzji Izba stwierdza, że informacje zawarte w Części B oferty wymagane do oceny ofert, a stanowiące zestawienie wartości parametrów i danych niezbędnych do wyliczenia punktacji, tylko w takim zakresie mogą być przedmiotem zastrzeżenia, w jakim stanowią wynik indywidualnego podejścia wykonawcy dedykowanego do przedmiotu zamówienia. To oznacza, że Zamawiający uwzględniając niniejsze wytyczne powinien w zakresie informacji zastrzeżonych w części B przeanalizować zawarte w wyjaśnieniach wykonawców informacje, rozważyć konieczność ich uzupełnienia i ponownie ocenić prawidłowość zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, mając na względzie – tak jak podnosi się w orzecznictwie, że ciężar udowodnienia, biorąc również pod uwagę procedury przewidziane ustawą Pzp, spoczywa na wykonawcy zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....