

WYROK

z dnia 16 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka
Aneta Mlącka
Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 lutego 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2018 r. przez wykonawcę **CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, TORPOL OIL & GAS Sp. z o.o. z siedzibą w Przeźmierowie oraz PSJ Hydrotranzit a.s. z siedzibą w Bratysławie, w Republice Słowackiej**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu ujawnienie części oferty, tj. informacji zawartych w treści oferty, a zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, TORPOL OIL & GAS Sp. z o.o. z siedzibą w Przeźmierowie oraz PSJ Hydrotranzit a.s. z siedzibą w Bratysławie, w Republice Słowackiej jako tajemnica przedsiębiorstwa.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **23.836 zł 30 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset trzydzieści sześć złotych trzydzieści groszy) na rzecz **CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kosztów dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej: „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Słowackiej wraz z Infrastrukturą, tj. budowa Tłoczni Strachocina*, numer referencyjny: ZP/2017/08/0077/PI. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 sierpnia 2017 r. pod numerem 2017/S 161-332987.

W dniu 2 lutego 2018 r. wykonawca Control Process Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, dalej: „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez odmowę ujawnienia części oferty, tj. informacji zawartych w treści oferty, tj. informacji zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, TORPOL OIL & GAS Sp. z o.o. z siedzibą w Przeźmierowie oraz PSJ Hydrotranzit a.s. z siedzibą w Bratysławie, w Republice Słowackiej, dalej: „Konsorcjum IDS”, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W szczególności Odwołujący wskazywał, że:

- a) Konsorcjum IDS nie wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - wobec braku przedstawienia jakichkolwiek dowodów na te okoliczności.
- b) Z samej treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, że informacje te nie posiadają przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
- c) Zakres zastrzeżonych informacji obejmuje informacje, które nie mogą być skutecznie zastrzeżone, tj.:
 - wartości parametrów „Sprawności politropowe sprężarek w punktach pracy Agregatów”, stanowiące kryterium oceny ofert K2 podkryterium 2 ppkt c),

- wszelkie informacje służące do wyliczenia kryterium K3 „Kryterium Kosztów Serwisu”, w tym zał. nr 11 do Umowy Serwisowej Tabela OPEX oraz zał. nr 5 do Umowy Serwisowej - Wykaz Części,
- informacje będące podstawą do oceny w kryterium K2 podkryterium 1 „Bezawaryjna praca agregatów sprężarkowych”, zwłaszcza jeśli pochodzą od podmiotów publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu uznania za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofercie Konsorcjum IDS, co najmniej w zakresie:

- wartości parametrów „Sprawności politropowe sprężarek w punktach pracy Agregatów”, przedstawione w kolumnach oznaczonych nagłówkiem n⁵⁾ znajdujących się w tabelach 1a i 1b, załącznika nr 15 do SiWZ, będące podstawą do oceny w kryterium K2 podkryterium 2 ppkt c) „Sprawności politropowe sprężarek w punktach pracy Agregatów”;
- wszelkie informacje służące do wyliczenia kryterium K3 „Kryterium Kosztów Serwisu” w tym zał. nr 11 do Umowy Serwisowej - Tabela OPEX oraz zał. nr 5 do Umowy Serwisowej - Wykaz Części;
- informacje będące podstawą do oceny w kryterium K2 podkryterium 1 „Bezawaryjna praca agregatów sprężarkowych”, zwłaszcza jeśli pochodzą od podmiotów publicznych.

Odwołujący wskazywał, że Konsorcjum IDS załączyło do oferty zaledwie nieco ponad dwustronicowe uzasadnienie w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, którego znaczną część stanowi przytoczenie treści przepisów oraz orzecznictwa KIO i Sądu Najwyższego, zaś w kwestiach merytorycznych ograniczyło się do ogólnikowych stwierdzeń. Odwołujący podnosił, że spółka Solar Turbines publikuje informacje o swoich produktach, w tym ich dane techniczne, które są znane przykładowo inżynierom funkcjonującym w branży, czy użytkownikom. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum IDS nie udowodniło, że zawarło umowę z Solar Turbines, nie wskazało żadnych informacji pozwalających na jej identyfikację (jak np. datę zawarcia) czy określenie jakichkolwiek postanowień (choćby zakresu informacji poufnych). Nie wykazało również, aby informacje poufne zostały zabezpieczone przed dostępem osób trzecich.

W ocenie Odwołującego skoro zastrzeżone dokumenty zawierają informacje „*opracowane wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania*”, to nie posiadają one wartości gospodarczej poza niniejszym postępowaniem, zatem przez ich ujawnienie Konsorcjum IDS nie jest w stanie ponieść szkody, gdyż nie będą mogły zostać wykorzystane w żadnej innej działalności biznesowej, a ich zastrzeżenie ma wyłącznie na celu uniemożliwienie zapoznania się z ofertą przez podmiot konkurencyjny.

Odwołujący podnosił też, że w niniejszym postępowaniu brak jest podstaw do utajnienia danych dotyczących kryterium K3 - Kryterium Kosztów Serwisu, gdyż ma ono charakter cenowy. W zakresie informacji wskazujących na punktację w kryterium K2 podkryterium 1 wskazywał, że zastrzeżenie jest sprzeczne ze zwykłą praktyką rynkową (zwykle producenci urządzeń jako ich atut wskazują wieloletnią bezawaryjną pracę). Dodatkowo, w warunkach europejskich urządzenia te są eksploatowane przeważnie przez podmioty publiczne. Utajnieniu nie mogą podlegać także dane służące do dokonania oceny w ramach kryterium K2, podkryterium 2 ppkt c), gdyż nie są to dane specjalne, a wartości liczbowe wyrażone w procentach informują jedynie o deklarowanych przez wykonawcę osiągnięciach technicznych agregatów sprężarkowych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, TORPOL OIL & GAS Sp. z o.o. z siedzibą w Przeźmierowie oraz PSJ Hydrotranzit a.s. z siedzibą w Bratysławie, w Republice Słowackiej, dalej: „Konsorcjum IDS” lub „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 13 lutego 2018 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, wskazując że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania oraz nie może ponieść szkody w wyniku rzekomego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu (zdaniem Przystępującego Odwołujący żąda odtajnienia informacji znajdujących się jedynie w kilku dokumentach). Konsorcjum IDS podnosiło, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący powołują się na charakter przedmiotowego zamówienia, konieczność opracowania indywidualnych rozwiązań, które stanowią know-how, a załączniki do oferty są wynikiem pracy specjalistów, zostały opracowane na potrzeby niniejszego postępowania, w oparciu o szczegółową analizę wymagań Zamawiającego. W jego ocenie wystarczające jest wykazanie, a nie udowodnienie, że poszczególne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazywał także, że informacje znajdujące się w Tabeli OPEX nie składają się na cenę całej oferty, a są jedynie jej częścią. W zakresie faktu zawarcia umowy z Solar Turbines podnosił, że ciężar udowodnienia leży po stronie Odwołującego. Podkreślał także, że ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby spowodować poniesienie szkody przez Przystępującego.

Pismem z dnia 12 lutego 2018 r. do Izby wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, który wniósł o jego oddalenie w całości. Zamawiający podkreślał, że zastrzeżone informacje dotyczą wymogów czysto merytorycznych (technicznych), które zostały Przystępującemu udostępnione przez podmiot trzeci, tj. Solar Turbines, a zatem informacji, które z uwagi na specyfikę przedmiotowego zamówienia oraz specyfikę działalności prowadzonej przez wykonawców mogą stanowić szczególnie wrażliwą i wartościową wiedzę na temat przedsiębiorstw. W jego ocenie z treści uzasadnienia

Przystępującego, jak też treści samych informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa można wysnuć wniosek, że informacje te mają charakter wrażliwy pod względem technicznym i gospodarczym, ale też nie są one dostępne w powszechnym obiegu.

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 zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, piśmie procesowym złożonym przez Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 13 lutego 2018 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Odwołującego dowodu nr 1 - wykaz postępowań prowadzonych przez Zamawiającego na dostawę części eksploatacyjnych i zamiennych dla agregatów sprężających. Izba uznała, że przeprowadzenie ww. dowodu spowodowałoby wyłącznie zwłokę w postępowaniu (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp), nadto dowód jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dodatkowo, przedłożony na rozprawie dokument nie został podpisany. Izba zwraca uwagę, że dokument prywatny sporządzony w formie pisemnej albo elektronicznej stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. W przypadku dokumentu prywatnego nie został ograniczony przedmiot jego osnowy, ani forma sporządzenia. Jediną istotną cechą formalną tego typu dokumentów pozostaje ich podpisanie przez wystawcę (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt III CSK 299/07).

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła także wnioskowanego przez Odwołującego dowodu nr 2 – okazanie strony internetowej zawierającej dane techniczne urządzenia, prowadzonej w języku angielskim. Zgodnie z § 19 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, rozprawa odbywa się w języku polskim, a wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, jeżeli zaś zostały przedstawione w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Tym samym, brak było podstaw do oceny jako materiału dowodowego dowodu z informacji o urządzeniu znajdującym się na stronie internetowej prowadzonej w języku angielskim.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Słowackiej wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi, tj. budowa Tłoczni Strachocina.

Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 356 700 000,00 zł.

W wyznaczonym terminie (18 grudnia 2017 r.) złożono dwie oferty:

- wykonawcy Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie na kwotę 497 588 047,80 zł,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, TORPOL OIL & GAS Sp. z o.o. z siedzibą w Przeźmierowie oraz PSJ Hydrotransit a.s. z siedzibą w Bratysławie, w Republice Słowackiej na kwotę 389 511 719,14 zł.

Odwołujący w dniu 28 grudnia 2017 r. wystąpił do Zamawiającego o udzielenie informacji, czy Zamawiający podjął ostateczną decyzję w zakresie utrzymania tajemnicy lub odtajnienia części oferty Konsorcjum IDS oznaczonej jako tajemnica przedsiębiorstwa i poinformowanie o treści tej decyzji, a w przypadku odtajnienia tej części oferty - o przekazanie odtajnionej części oferty Konsorcjum IDS.

W dniu 23 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o nieodtajnieniu informacji zawartych w treści oferty Konsorcjum IDS, tj. informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum IDS jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi 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 kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania. Izba nie podzieliła poglądu Przystępującego i uznała, że Odwołujący, który złożył ofertę z ceną wyższą niż kwota

przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Po pierwsze, materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania wynikające z przywołanego przepisu powinny być rozważane w związku z zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów badania i oceny ofert i nie może być oceniana w oderwaniu od tej czynności. Wadliwa ocena tej czynności dokonana przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, bowiem uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości konkurencyjnej oferty, a tym samym skuteczne skorzystanie ze środków ochrony. Czynnością kwestionowaną badanym odwołaniem nie jest unieważnienie postępowania z powodu braku środków, lecz zaniechanie odtajnienia oferty Przystępującego. Oddalenie odwołania z uwagi na hipotetyczne unieważnienie postępowania w przyszłości na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, którego zamawiający miałby dokonać, nie znajduje oparcia w przepisach ustawy. Po drugie, wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania. W orzeczeniu wydanym w sprawie C-689/13 (odwołującym się do wcześniejszego orzeczenia wydanego w sprawie C100/12) Trybunał Sprawiedliwości UE wyraził pogląd, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienia postępowania.

Izba nie podzieliła również opinii Przystępującego jakoby z treści odwołania nie wynikało, aby żądaniem Odwołującego było odtajnienie całej oferty Przystępującego. W *petitum* odwołania jasno wskazano zaniechanie ujawnienia *informacji zawartych w treści Oferty, tj. informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum IDS jako tajemnica przedsiębiorstwa*. Aczkolwiek nawet gdyby rzeczywiście Odwołujący nie zażądał odtajnienia wszystkich zastrzeżonych przez Przystępującego dokumentów (co nie miało miejsca w niniejszym stanie faktycznym) Izba uznaje podanie żądania alternatywnego za dopuszczalne, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać w zakresie zarzutów niezawartych w odwołaniu. Nie jest natomiast związana zakresem żądań odwołującego, stąd też ich modyfikację na etapie rozprawy uznaje za dopuszczalną. Uszło również uwadze Przystępującego, że w piśmie procesowym, będącym argumentacją zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, nie formułuje się jakichkolwiek zarzutów względem czynności lub zaniechań zamawiającego, które mogłyby być przedmiotem rozstrzygnięcia Izby. Błędne decyzje zamawiającego, ale niezaskarżone przez przystępującego, nie upoważniają Izby do ich rozpoznawania.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Natomiast podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Oznacza to, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Izba, nie może z urzędu doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu, spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji.

Tym samym informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Przystępującego „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie sposób wyobrazić sobie dowodzenia nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji. W tym zakresie co do zasady wystarczające będzie złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego. Inna jest jednak sytuacja w przypadku wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa

informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, itp.).

Izba w pełni podziela także stanowisko prezentowane w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) gdzie wskazano, m.in.: *„Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”*

W niniejszym stanie faktycznym Przystępujący nie przedstawił żadnych stosownych dowodów, które umożliwiłyby przyznanie takiej ochrony informacjom zastrzeżonym. Nie wykazał także dlaczego w ramach niniejszego postępowania ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić szkodę i w czym dokładnie jej upatruje. Obawy co do intencji Odwołującego to za mało. Tak jak głośłowne stwierdzenie, że w przypadku decyzji o unieważnieniu postępowania udostępnienie dokumentów umożliwi innym wykonawcom złożenie oferty bazującej na opracowaniach Przystępującego. Nie bez znaczenia jest, że w sytuacji wyboru oferty, której cena jest wyższa niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, zamawiający może zwiększyć tę kwotę i nie unieważniać postępowania o udzielenie zamówienia. Przystępujący uzasadniając zastrzeżenie dokumentów jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wskazywał również, że wszystkie wymienione dokumenty *stanowią opracowanie wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania*. Istotne jest, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, ma zatem wymiar obiektywny, sięgający poza dane postępowanie.

Abstrahując od samej obszerności uzasadnienia przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych dokumentów (zastrzegając kilkanaście różnego rodzaju dokumentów Przystępujący przedłożył niespełna dwie i pół strony pisma), Przystępujący nie udowodnił, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia zawierają jedynie ogólne twierdzenia, przywołują przesłanki określone art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wyrok Sądu Najwyższego, Zespołu Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa, a zapadły w innym stanie prawnym.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, Przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. że:

- 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.

Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania przesłanek określonych powyżej, w szczególności nie wykazał jakie podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności. Samo powoływanie się na klauzule poufności w umowie z Solar Turbines, bez udowodnienia że takie postanowienia istnieją, a nawet bez wykazania, że taka umowa została faktycznie zawarta, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Deklaracje w tym zakresie należy uznać za gołosłowne i stwarzające wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy. W ocenie Izby nie wystarczą jedynie twierdzenia wykonawcy. W takim wypadku niezbędne jest przedłożenie konkretnych dowodów, a zatem umowy zawartej w konkretnej dacie z konkretnym podmiotem, zawierającej konkretne postanowienia, w ramach której wykonawca zobowiązany jest do zachowania w poufności wszelkich informacji. W przypadku gdy wykonawca powołuje się na kilka umów, winien załączyć wszystkie.

W sposób tożsamy należy ocenić powołanie się Przystępującego na wewnętrzne procedury obowiązujące w jego spółce. Skoro obowiązują u Przystępującego procedury narzucające pracownikom odpowiedni sposób gromadzenia, przetwarzania i przechowywania poufnych danych, specyficzny obieg dokumentów, a także poszczególne osoby zobowiązane są do zachowania poufności, należało przedstawić Zamawiającemu dowody na tę okoliczność, przykładowo zarządzenia w sprawie ochrony bezpieczeństwa informacji, regulacje związane z obiegiem dokumentów, dostępem do nich, utworzeniem kancelarii tajnej czy też

postanowienia umowne zawierające klauzule poufności dotyczące pracowników. Przystępujący zaś nie przedstawił nawet listy osób mających dostęp do informacji ani nie załączył żadnych dokumentów potwierdzających, że podjął działania zmierzające do nieujawnienia treści informacji osobom trzecim.

Należy również uznać za niedopuszczalną praktykę zastrzegania całego pliku dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli znajdują się w nim informacje różnej wagi, także nieposiadające cech tajemnicy przedsiębiorstwa. W takim przypadku wykonawca zastrzegając wiele dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa ponosi ryzyko, że w razie ujawnienia całego pliku dokumentów, zostanie również ujawniona rzeczywista tajemnica przedsiębiorstwa, zasługująca na ochronę.

Odnosząc się zaś do wymienionych przykładowo w odwołaniu zastrzeżonych elementów, należy wskazać, co następuje. Kryteria oceny ofert, a także sposób ich oceny winny być co do zasady jawne, nie tylko dla pozostałych wykonawców, ale również dla każdego zainteresowanego, bowiem podmioty ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego godzą się na poddanie się zasadzie jawności oraz transparentności postępowania, do czego nie są zobowiązane w przypadku kontraktów prywatnych.

Ponadto, Zamawiający respektując podstawowe zasady wynikające z ustawy Pzp, w tym zasadę jawności, zobowiązany jest w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłać wykonawcom punktację w każdym ocenianym elemencie, nawet jeżeli element ten stanowi jedynie podkryterium oceny ofert. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację. Celem tak skonstruowanego przepisu było zapewnienie wykonawcom minimalnej informacji na temat tego, w jaki sposób zamawiający ocenił ich oferty. Ocena taka, przy znajomości treści oferty umożliwia następnie skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Z powyższego wynika obowiązek przesłania wykonawcom punktacji w każdym elemencie, za który przyznawano odrębnie punkty (kryterium oceny ofert). Winno to nastąpić niezależnie od tego, czy dany element nazywany jest „kryterium”, czy tylko „podkryterium”. Używane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nazewnictwo kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do ograniczenia obowiązku informacyjnego nałożonego na zamawiającego przez ustawodawcę. Jeżeli oferta podlega ocenie pod kątem spełniania

wielu elementów, to każdy z nich stanowi kryterium oceny ofert w rozumieniu art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W tej sytuacji obowiązkiem zamawiającego jest przesłanie wykonawcy informacji o ocenie w każdym z nich (vide: wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1901/13). Zatem, przyznane przez Zamawiającego punkty w każdym podkryterium określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia winny zostać przesłane wykonawcom wraz z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty. Oznacza to, że informacje o deklarowanych osiągnięciach technicznych agregatów sprężarkowych winny być jawne. Dodatkowo wymaga podkreślenia, że w zakresie kryterium K2 podkryterium 2 ppkt c) (wartości parametrów „Sprawności politropowe sprężarek w punktach pracy Agregatów”) ocenie poddawane są dane wynikowe, tj. wartości liczbowe wyrażone w procentach. Dane wynikowe jako prosty parametr nie powinny być co do zasady uznawane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym bardziej, że w normalnych warunkach rynkowych tego typu parametry są upubliczniane w katalogach producentów, na stronach internetowych, itp.

Co do zastrzeżenia dotyczącego danych, wskazanych w Tabeli OPEX oraz Wykazie Części, stwierdzić należy, że zgodnie z art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny. Poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią element składowy, nie mogą zostać utajnione. Z załączonych do SIWZ umów wynika, że zarówno ceny wskazane w Tabeli OPEX, jak i Wykazie Części stanowią podstawę do rozliczeń wykonawcy z Zamawiającym. Tabela OPEX (Załącznik nr 11 do Umowy serwisowej) przedstawia ceny m.in. za przeglądy, remont główny, serwis bieżący. Wykaz Części (Załącznik nr 5 do Umowy serwisowej) zawiera ceny za poszczególne części m.in. szybkozużywające się, zamienne, rezerwowe, regenerowane. Zgodnie z art. 7 Umowy serwisowej Zamawiający zapłaci Wykonawcy Wynagrodzenie za Serwis, na które będą składały się Stała Opłata Serwisowa i Opłata za wykonanie Proc Planowanych, a także wynagrodzenie za prace Nieplanowane, o ile związane będą z usuwaniem Awarii powstałej z przyczyn, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Wynagrodzenie za wykonanie Prac Dodatkowych będzie obliczane na podstawie kosztorysu powykonawczego sporządzonego przez Wykonawcę i zaakceptowanego przez Zamawiającego. Kosztorys powykonawczy zostanie sporządzony w oparciu o składniki kosztotwórcze, w tym m.in. ceny użytych Części - zgodnie z cennikami podanymi w Załączniku nr 5.

Wymaga podkreślenia, że zestawienie cen zawiera informację o cenach, jakie przedsiębiorca chce zaoferować w ramach danego, konkretnego postępowania zamawiającemu, co nie jest informacją o cenie, jaką musi on ponieść za poszczególne elementy czy prace. Stanowi to jedynie konsekwencję strategii cenowej przyjętej przez wykonawcę na potrzeby danego postępowania, która nie jest niezmienna oraz jednakowa

w każdym przetargu, wobec czego nie ma charakteru informacji prawnie chronionej (vide: wyrok KIO z dnia 8 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2022/16). W ocenie Izby, poszczególne ceny jednostkowe stanowią jedynie egzemplifikację wartości zestawienia kosztów i zysku za realizację zadania w danej pozycji zamówienia. Nie przenoszą one informacji, co do sposobu jej (ceny jednostkowej) kalkulowania, wskazania uzyskania określonych rabatów. W różny sposób można też rozłożyć koszty ogólne, bądź rozkładając je równomiernie między wszystkie pozycje, bądź proporcjonalnie do poszczególnych kosztów. Nie ma więc jednego klucza, który można by zastosować, by uzyskać pewność co do elementów kosztotwórczych (vide: wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1141/17, KIO 1202/17).

Z kolei w zakresie listów referencyjnych Przystępujący wskazywał w uzasadnieniu ich zastrzeżenia, że zostały przygotowane i wygenerowane do celów przedstawienia w niniejszej ofercie, natomiast z treści samych referencji wynika, że zostały *wydane do celów przyszłych projektów firmy*. Dokumenty będące referencjami ze swojej istoty są przeznaczone do okazywania innym podmiotom. Nie są też co do zasady zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ich wystawcę, lecz kierowane *do wszystkich zainteresowanych* (takie stwierdzenie również pojawiło się w załączonych do oferty Przystępującego dokumentach). Zatem nie sposób uznać, aby taki dokument mógł zostać utajniony. Ponadto, argumentacja prowadząca się do stwierdzenia, że wykonawca nie chciałby podawać do publicznej informacji danych dotyczących dostawców jest niewystarczająca, albowiem nie sposób uznać automatycznie, że każda taka dana stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała zarzut za zasadny. Działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszyło zasady zamówień publicznych, w tym w szczególności zasadę przejrzystości. W rozpoznawanej sprawie wykazane zostało, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w efekcie których w sposób niewłaściwy dokonana została ocena objęcia przez Przystępującego poszczególnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, tym samym Zamawiający naruszył obowiązujące zasady.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający – odmawiając ujawnienia zastrzeżonej przez Przystępującego części oferty – naruszył art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis uiszczony przez Odwołującego, koszty Odwołującego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty dojazdu na posiedzenie.

Przewodniczący:

.....

.....