

WYROK

z dnia 8 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Barbara

Bettman Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 listopada 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 października 2017 r.** przez konsorcjum firm: **1) Kapsch CarrierCom Sp. z o.o. ul. Poleczki 35a, 02-822 Warszawa, 2) Kapsch CarrierCom AG Lehrbachgasse 11, 1120 Wiedeń (Austria), 3) Kapsch CarrierCom France S.A.S, 1 Rue Jean Pierre Timbaud 78180 Imognity Le Bretonneux (Francja), 4) PORR S.A, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,** zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego konsorcjum firm: **1) Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa, 2) SPC-1 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) SPC-2 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 4) SPC-3 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego - konsorcjum firm: **1) Kapsch CarrierCom Sp. z o.o. w Warszawie, 3) Kapsch CarrierCom AG w Wiedniu (Austria), 4) Kapsch CarrierCom France S.A.S w Imognity Le Bretonneux (Francja), 5) PORR S.A w Warszawie,**

2.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: konsorcjum firm: **1) Kapsch CarrierCom Sp. z o.o. w Warszawie, 2) Kapsch CarrierCom AG w Wiedniu (Austria), 3) Kapsch CarrierCom France S.A.S w Imognity Le Bretonneux (Francja), 4) PORR S.A w Warszawie,** tytułem wpisu od odwołania,

2.3. zasądza od odwołującego konsorcjum firm: **1) Kapsch CarrierCom Sp. z o.o. w Warszawie, 3) Kapsch CarrierCom AG w Wiedniu (Austria), 4) Kapsch CarrierCom France S.A.S w Imognity Le Bretonneux (Francja), 5) PORR S.A w Warszawie** na rzecz zamawiającego: **PKP Polskich Linii Kolejowych S.A, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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:

.....

Sygn. akt: KIO 2252/17

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego pn. „Budowa infrastruktury systemu ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS”, ogłoszenie z dnia 26.09.2015 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2015/S/187-340003), w zak resie Części I zamówienia - w dniu 26 października 2017 r. zostało wniesione w postaci elektronicznej odwołanie przez konsorcjum firm: 1) Kapsch CarrierCom Sp. z o.o. w Warszawie, 2) Kapsch CarrierCom AG w Wiedniu (Austria), 3) Kapsch CarrierCom France S.A.S w Imognity Le Bretonneux (Francja), 4) PORR S.A. w Warszawie, (dalej zwany także „konsorcjum Kapsch lub odwołującym”).

Odwołanie złożono wobec czynności niepełnego ujawnienia dokumentów oferty konsorcjum Nokia, o której to czynności odwołujący powziął wiadomość w dniu 18 października 2017r. z zawiadomienia drogą elektroniczną o decyzji o odtajnieniu części ofert zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez odwołującego a także przez konsorcjum Nokia. W kopii odwołanie przekazano zamawiającemu w terminie jego wniesienia.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 27 października 2017 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w trybie art. 185 ustawy Pzp złożyło w terminie ustawowym konsorcjum firm: 1) Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) SPC-1 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) SPC-2 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 4) SPC-3 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przesłane stronom, (zwany „konsorcjum Nokia” lub przystępującym). Przystępujący stwierdził, że informacje w jego ofercie, które zamawiający pozostawił jako utajnione mają kluczowe znaczenie dla prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, a złożenie

odwołania ma na celu utrudnianie zawarcia umowy. Przystępujący podnosił, że zarzuty odwołania są spóźnione i odwołanie winno podlegać odrzuceniu, gdyż odwołujący w dniu 27 września 2017 r. mógł zapoznać się z treścią jego oferty i zakresem zastrzeżonych dokumentów. Przystępujący argumentował, że: „Zgodnie z art. 189 ust 2 pkt. 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po terminie. Zamawiający podjął decyzję o nie ujawnieniu informacji w ofercie Przystępującego. W dniu 27 września 2017 r. Odwołujący zapoznał się z treścią protokołu postępowania i w tym dniu uzyskał informację o składnikach oferty Przystępującego, które zamawiający uznał za jawne. Pozostałych składników oferty konsorcjum Nokia nie ujawniono Odwołującemu. Od tego dnia winien być obliczany termin na wniesienie odwołania, gdyż fakt nie ujawnienia informacji z oferty konsorcjum Nokia był znany już w tej dacie Odwołującemu. Odwołujący wniósł takie odwołanie datowane na dzień

6 października. Jednakże w toku posiedzenia przed KIO w dniu 18 października Odwołujący to odwołanie cofnął.

Obecne odwołanie wnoszone jest w terminie, który Odwołujący oblicza począwszy od daty 18 października, tj. od dnia, w którym Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu niektórych elementów oferty Konsorcjum Nokia. Jest to jednak data przyjęta błędnie. W tym dniu Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu niektórych składników oferty konsorcjum Nokia. Jednakże decyzję o nie odtajnieniu pozostałych elementów podjął wcześniej tj. już w dniu 27 września. Decyzja z 18 października tą pierwotną, wrześniową decyzję o nieujawnianiu informacji częściowo zmienia, (ujawniając część informacji). Jednakże odwołanie obecnie jest wnoszone wobec tej decyzji zamawiającego, o nieujawnianiu oferty konsorcjum Nokia, której decyzja z 18 października nie zmienia. Decyzja ta bowiem nie odnosi się w ogóle do treści oferty konsorcjum Nokia, których ujawnienia domaga się obecnie Odwołujący. Decyzja o ich nieujawnianiu była podjęta 27 września i pozostaje niezmienna.

Termin na wniesienie odwołania ustalany od dnia, w którym odwołujący mógł się dowiedzieć o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia i upłynął w dniu 7 października.

W odniesieniu zaś do zarzutów odwołania podnieść należy, że nie zasługują one na uwzględnienie. Odwołujący zarzuca naruszenie przepisów art. 8 ust 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia wskazanych w odwołaniu części oferty tj. w szczególności lokalizacji OR. Konsorcjum Nokia (Przystępujący) zastrzegł te informacje. Nikt inny, w tym Odwołujący nie ma i nie może mieć o nich informacji (co odwołujący potwierdza wnosząc odwołanie, gdyż inaczej tych informacji nie uzyskał). W uzasadnieniu Konsorcjum Nokia wskazało, jaką wartość ma ta zastrzegana informacja, jakie szkody może wywołać jej ujawnienie oraz jakie są wewnętrzne czynności służące zabezpieczeniu takiej tajemnicy. Zamawiający pozyskał więc niezbędne wyjaśnienia pozwalające na ocenę czy tajemnica została zastrzeżona prawidłowo i prawidłowo ocenił skuteczność zastrzeżenia.

Nie można też zapominać, że w tych samych okolicznościach i z taki samym uzasadnieniem zastrzegł tę informację także Odwołujący. Obecnie stara się więc tylko, korzystając z prawa w sposób niezgodny z jego przeznaczeniem, doprowadzić do ujawnienia informacji z oferty konkurencyjnej, mimo iż sam takie informacje uznaje za tajemnicę, a sposób ich wykazywania we własnej ofercie za wystarczający, a w ofercie konkurencji za niewystarczający, choć są to argumenty analogiczne.”

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum 1) Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) SPC-1 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) SPC-2 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 4) SPC-3 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, do udziału w postępowaniu odwoławczym, gdyż przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Sam fakt powzięcia wiadomości o zastrzeżeniu w konkurencyjnych ofertach informacji w oparciu o art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie stanowi podstawy do stawiania zarzutów, zaniechania przez zamawiającego odtajnienia ofert. Zamawiający przeprowadza czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy Pzp i SIWZ, w kolejności przez siebie ustalonej. Zarzut zaniechania weryfikacji podstaw do zastrzeżenia informacji prawnie chronionych na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej - „Uzn” można zamawiającemu postawić, jeżeli do czasu wyboru najkorzystniejszej oferty, nie podejmie decyzji w tej kwestii. W stanie faktycznym niniejszej sprawy sytuacja taka nie miała miejsca, gdyż zamawiający zdecydował o zakresie, w jakim oferty podlegały odtajnieniu w dniu 18 października 2017 r., natomiast wybór oferty na Część I zamówienia nastąpił w dniu 25 października 2017 r. We wskazywanej dacie 27 września 2017 r. odwołujący mógł zapoznać się z treścią oferty konsorcjum Nokia w części niezastrzeżonej i zakresem zastrzeżonych dokumentów. Zamawiający nie podjął jednak

żadnych czynności, ani nie popadł w stan zaniechania czynności zbadać, a nie stanek do odtajnienia oferty konsorcjum Nokia. Na przeprowadzenie tych czynności zamawiający miał termin do daty wyboru oferty. Powiadomienie

z dnia 18 października 2017r. o zakresie dokumentów, które zamawiający uznał za zasadnie zastrzeżone przez przystępującego otwierało odwołującemu termin na wniesienie tego odwołania.

Odwołanie wniesiono wobec zaniechania przez zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie czynności, do której był on zobowiązany na podstawie przepisów Pzp, a polegającej na zaniechaniu ujawnienia i udostępnieniu odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: 1) Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) SPC-1 Sp. z o.o., 3) SPC-2 Sp. z o.o., 4) SPC-3 Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. naruszenie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej „ustawą Pzp”, tj.: w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych

oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020 ze zm.). Stosownie bowiem z art. 16 ust. 1 Ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Zarzut I - naruszenie art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp, polegające na zaniechaniu ujawnienia informacji zawartych w załączniku nr 8 do oferty konsorcjum Nokia - Lista planowanych lokalizacji OR (stanowiącego - jako załącznik do oferty - również załącznik do protokołu postępowania) w zakresie informacji dotyczących położenia, nazwy i

współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR.

Zarzut II naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że określone w pkt (I) powyżej informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa konsorcjum Nokia, podczas gdy informacje te, z uwagi na ich treść, nie mieszczą się w kategorii informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających dla konsorcjum Nokia wartość gospodarczą;

Zarzut III naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Uznk poprzez uznanie, że określone w pkt (I) powyżej informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa konsorcjum Nokia, mimo iż wykonawca ten nie wykazał w złożonej przez siebie ofercie faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności tych informacji.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1.Odtajnienia informacji dotyczących położenia, nazwy i współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR, zawartych w załączniku nr 8 do oferty konsorcjum Nokia i udostępnienie go w tym zakresie jako załącznika do protokołu postępowania,

2.Przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania,

3.Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. W zakresie pojęcia „czynności inne niż określone w ust. 1 i 2” mieści się również

zaniechanie dokonania przez zamawiającego czynności innej niż określona w art. 182 ust. 1 lub 2 Pzp, do której dokonania zamawiający zobowiązany był na mocy przepisów Pzp. Czynnością taką jest również ujawnienie, czy też udostępnienie informacji, które inny wykonawca zastrzegł, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, mimo iż w ocenie odwołującego kwalifikacja taka jest nieuzasadniona w świetle definicji sformułowanej w art. 11ust. 4 Uznk, lub też wykonawca nie dopełnił przewidzianego w art. 8 ust. 3 Pzp obowiązku wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego w niniejszej sprawie określony w art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp termin rozpoczął swój bieg w dniu 18 października 2017 r., tj. w dniu, w którym zamawiający doręczył odwołującemu dokument zatytułowany „Decyzja o odtajnieniu części oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa”, tj. pismo z dnia 18 października 2017 r., Nr: IRZUa-0815-GSMR-POLIŚ 5.1-20-2/17, którym zamawiający dokonał odtajnienia części oferty złożonych w postępowaniu, tj.:

a.część oferty odwołującego - w zakresie treści Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO) z wyłączeniem informacji

dotyczących zestawienia Części Zamiennych,
b.część oferty konsorcjum Nokia:

- w zakresie treści Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO) z wyłączeniem informacji dotyczących nazwy planowanych lokalizacji OR

- informacji zawartych w załączniku nr 7 do oferty - Podział linii kolejowych na Etapy

- informacji zawartych w załączniku nr 8 do oferty - Lista planowanych lokalizacji OR z

wyłączeniem informacji dotyczących położenia, nazwy i współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR

- informacji zawartych w załączniku nr 9 do oferty - lista lokalizacji FDS

- informacji zawartych w załączniku nr 10 do oferty - lista lokalizacji OSZ.

Z powyższego odwołujący wywodził, że w dniu 18 października 2017 r. zamawiający zaniechał udostępnienia odwołującemu informacji dotyczących: położenia, nazwy i współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR, zawartych w załączniku nr 8 do oferty konsorcjum Nokia, błędnie uznając, iż konsorcjum Nokia prawidłowo zastrzegł poufność tych informacji, jako stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego od tego dnia zatem rozpoczął swój bieg określony w art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp termin na wniesienie niniejszego odwołania. Prawidłowość stanowiska, iż termin na wniesienie niniejszego odwołania rozpoczął swój bieg z dniem 18 października 2017 r. odwołujący opierał na treści odpowiedzi na odwołanie wniesione przez odwołującego, w dniu 7 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2102/17, złożonej na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 19 października 2017r. Zamawiający utrzymywał bowiem, że wniesione przez odwołującego w dniu 7 października 2017 r.

odwołanie jest przedwcześnie. Odwołujący argumentował, że termin na wniesienia odwołania wobec zakresu odtajnionych przez zamawiającego części ofert, rozpoczął swój bieg dopiero z dniem podjęcia stosownej decyzji przez zamawiającego - tj. z dniem 18 października 2017r. i upływa w dniu 28 października 2017 r.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powołał się na interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Zarówno odwołujący, jak i konsorcjum Nokia złożyli oferty w postępowaniu, przy czym konsorcjum Nokia zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę znacznie niższą w stosunku do ceny zaoferowanej przez odwołującego oraz kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący podkreślał, że cena oferty konsorcjum Nokia jest aż o 27%, niższa od średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu oraz o 25% niższa od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Głównym kryterium ofert w postępowaniu, o wadze 90%, jest cena oferty brutto.

W dniu 25 października 2017 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty konsorcjum Nokia jako najkorzystniejszej w ramach Części I zamówienia. W interesie odwołującego, jest zatem zweryfikowanie czy oferta konsorcjum Nokia jest zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), czy też powinna zostać odrzucona. Odwołujący przekonywał, że celowe dla przeprowadzenia takiej oceny jest zapoznanie się przez konkurencyjnych wykonawców z informacjami zawartymi w załączniku nr 8 do oferty konsorcjum Nokia w zakresie informacji dotyczących położenia, nazwy i współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR, tj. informacjami, których poufność konsorcjum Nokia bezzasadnie zastrzegło, a zamawiający, powielając błędną kwalifikację, decyzją z dnia 18 października 2017 r. odmówił ich ujawnienia.

Wstępna analiza odtajnionej przez zamawiającego części oferty konsorcjum Nokia doprowadziła odwołującego do wniosku, iż niezgodność oferty konsorcjum Nokia z treścią SIWZ występuje.

Odwołujący przedstawił merytoryczne uzasadnienie zarzutów I,II,III. W dniu 18 października 2017 r. zamawiający przekazał odwołującemu dokument zatytułowany „Decyzja o odtajnieniu części oferty zastrzeżonej jako „tajemnica przedsiębiorstwa”, tj. pismo z dnia 18 października 2017 r., Nr: IRZUa-0815-GSMR-POLIŚ 5.1-20-2/17, którym zamawiający dokonał odtajnienia części ofert złożonych w postępowaniu, tj.”

a.część oferty odwołującego - w zakresie treści Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO) z wyłączeniem informacji dotyczących zestawienia Części Zamiennych,

b.część oferty konsorcjum Nokia - w zakresie treści Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO) z wyłączeniem informacji dotyczących nazwy planowanych lokalizacji OR

- informacji zawartych w załączniku nr 7 do oferty - Podział linii kolejowych na Etapy

- informacji zawartych w załączniku nr 8 do oferty - Lista planowanych lokalizacji OR z wyłączeniem informacji dotyczących położenia, nazwy i współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR

- informacji zawartych w załączniku nr 9 do oferty - lista lokalizacji FDS
- informacji zawartych w załączniku nr 10 do oferty - lista lokalizacji OSZ.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 18 października 2017 r. wraz z pismem przewodnim.

Z treści ww. pisma wynika, iż zamawiający nie ujawnił zawartych w załączniku nr 8 do oferty konsorcjum Nokia informacji dotyczących położenia, nazwy i współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR, których poufność z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa, została zastrzeżona przez ... konsorcjum Nokia. Takie działanie zamawiającego uznał odwołujący za wadliwe. Zasada jawności, wyrażona w art. 8 ust. 1 Pzp, jest jedną z naczelných zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasadę tę eksponuje również art. 96 ust. 3 Pzp stanowiący, iż protokół postępowania jest jawny, a załączniki do niego udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia (...). Odwołujący argumentował, że wszelkie wyjątki od tej generalnej zasady muszą mieć swe źródło w normie rangi ustawowej i być interpretowane sposób ścisły, zgodnie z zakazem rozszerzającej wykładni wyjątków (*exceptiones non sunt extendendae*). Na gruncie ustawy Pzp jedynym takim wyjątkiem jest przepis art. 8 ust. 3 tej ustawy, zgodnie z którym zamawiający nie może ujawniać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 Uznk. Zgodnie z przywołanym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ... ich poufności. .. Z przywołanej . definicji legalnej pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika zatem, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), w przypadku kumulatywnego ziszczenia się następujących przesłanek:

- a.informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy i posiada wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa (podmiotu gospodarczego), oraz
- b.informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, oraz
- c.podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

Ustawodawca w art. 8 ust. 3 Pzp wymaga przy tym zastrzeżenia przez wykonawcę (nie później niż w terminie składania ofert), które zawarte w ofercie informacje nie mogą być udostępniane oraz wykazania, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Uznk. W świetle powyższego unormowania Uznk, mając na uwadze generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający powinien każdorazowo dokonać oceny czy w stosunku do informacji, których poufność wykonawca zastrzegł nastąpiło kumulatywne ziszczenie się przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 Uznk oraz 8 ust. 3 Pzp. Na zamawiającym spoczywa bowiem obowiązek należytego badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu, bądź nie, informacji zawartych w ofercie wykonawcy. Zamawiający obligatoryjnie w każdym przypadku powinien zbadać, czy faktycznie zaistniały przesłanki objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może zatem bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynionego przez wykonawcę, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony (wyrok KIO z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP/338/09). W tym przypadku koniecznym jest ustalenie czy zastrzeżona informacja ma charakter technologiczny, techniczny lub organizacyjny, czy też inny. W następnej kolejności zamawiający powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął on w celu zachowania poufności informacji.

W przypadku stwierdzenia, że tajemnicą objęte zostały informacje niespełniające przesłanek uznania, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiający ma obowiązek odtajnienia treści ofert, stosownie do wskazań poczynionych przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt: III CZP 74/05, zgodnie z którymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO, które wskazuje, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu

na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę

przedsiębiorstwa (tak KIO w wyroku z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1072/11). Bezpodstawne utrudnienie powszechnego dostępu do informacji w prowadzonym postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców, a tym samym narusza art. 8 ust 1 - 3, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 pkt 4 Uznk. Może również skutkować udzieleniem zamówienia wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona, z uwagi na fakt, że jej teść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lub jej cena ma charakter ceny rażąco niskiej, na które to okoliczności uwagę zamawiającego mogli zwrócić wykonawcy, którzy złożyli oferty konkurencyjne, a zatem specjaliści z danej branży posiadający nadto rozeznanie w aktualnych cenach obowiązujących na rynku.

Odwolujący zaznaczył, iż wydaje się, iż takiego szczegółowego badania zasadności zastrzeżenia poufności Informacji, opartego na indywidualnym badaniu ich treści w kontekście ziszczenia się warunków określonych w art. 11 ust. 4 Uznk oraz 8 ust 3 Pzp, zamawiający zaniechał. Podtrzymał, że w sytuacji faktycznej będącej kanwą niniejszego odwołania brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych dla odstąpienia od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nieudostępnienia informacji.

Zdaniem odwołującego zamawiający zobowiązany był odtajnić i udostępnić nie tylko część oferty konsorcjum Nokia opisaną w piśmie z dnia 18 października 2017 r., zaś zaniechanie odtajnienia i udostępnienia postulowanych informacji - stanowi naruszenie norm wywiedzionych z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp.

Odwolujący utrzymywał, że konsorcjum Nokia w żaden sposób nie wykazało aby zastrzeżone informacje miały charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy i posiadały dla konsorcjum Nokia wartość gospodarczą. Analiza uzasadnienia zastrzeżenia sporządzonego przez konsorcjum Nokia doprowadziła odwołującego do wniosku, że znaczna jego część obejmuje przytoczenie poglądów doktryny i orzecznictwa na temat natury pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu Uznk. Brak jest zatem wykazania, poprzez odniesienie się do konkretnych okoliczności faktycznych, skuteczności zastrzeżenia poufności informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa konsorcjum Nokia. W doktrynie podkreśla się, że ochronie na gruncie Uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się "wartością gospodarczą" (tak: S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 Uznk, w: Komentarz Uznk pod red. J. Szewczyka, Warszawa 2006, str. 447, K. Korus, Komentarz do art. 11 Uznk. System Informacji Prawniczej Lex - Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5).

Odwolujący podnosił, że wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (tak:

E. Wojcieszko-Głusko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Prawdopodobnie powyższej interpretacji znajduje przy tym potwierdzenie w art. 39 Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu, przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne, który to przepis był przyczynkiem do sformułowania art. 11 ust. 4 Uznk.

Z powyższego odwołujący wywodził, iż nie wystarcza samo stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Tymczasem, zdaniem odwołującego konsorcjum Nokia kwestię tę pomija. Podkreślił odnosząc się do konkretnych realiów postępowania, że informacje, których ujawnienia domaga się odwołujący nie mogą w ogóle stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. W jego ocenie nie są to bowiem informacje o charakterze technicznym, organizacyjnym czy handlowym, które chociażby potencjalnie mogłyby posiadać wartość gospodarczą dla konsorcjum Nokia. Wskazywał, że konsorcjum Nokia nie uzasadniło dlaczego zastrzega poufność tych właśnie informacji. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez konsorcjum Nokia brak jest w ogóle jakiegokolwiek odniesienia do załącznika nr 8 do oferty, czy zawartych w nim informacji dotyczących położenia, nazwy i współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR. Zdaniem odwołującego nie można zatem uznać, by konsorcjum Nokia zachowało wynikający z art. 8 ust. 3 Pzp nakaz wykazania, że informacje których poufność zastrzeżono stanowią tajemnice jego przedsiębiorstwa. W treści oferty brak jest bowiem jakiegokolwiek wyводу czy polemiki na temat charakteru prawnego i faktycznego tych informacji w kontekście warunków sformułowanych w art. 11 ust. 4 Uznk. Odwołujący przypuszczał, że powyższe może wynikać z faktu, że informacje tego rodzaju, jak zawarte w omawianych załącznikach nie mają i nie mogą mieć charakteru

technicznego, technologicznego organizacyjnego, czy handlowego a także, *in genere* nie posiadają wartości gospodarczej dla konsorcjum Nokia, czy jakiegokolwiek przedsiębiorstwa, w tym podwykonawców i poddostawców konsorcjum Nokia. Są to bowiem informacje dotyczące jedynie lokalizacji obiektów, co więcej informacje o tych lokalizacjach będą, a być może już są, podane do publicznej wiadomości. Wybudowanie obiektu budowlanego wymaga bowiem uzyskania co najmniej decyzji o pozwoleniu na budowę. Część takich decyzji została już pozyskana przez zamawiającego.

Tym samym w treści konkretnych decyzji, wydanych w toku postępowań administracyjnych prowadzonych z udziałem różnych stron i uczestników, zawarte już zostały dane dotyczące lokalizacji omawianych obiektów.

W stosunku do nowych, zaplanowanych przez siebie lokalizacji, konsorcjum Nokia obowiązane będzie uzyskać pozwolenia na budowę oraz, w przypadku lokalizacji, dla których nie wydano planu zagospodarowania przestrzennego - decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Przesądza o tym jednoznacznie przepis art. 50 ust. 1 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1073, dalej: „UPiZP”). Zgodnie zaś z art. 53 ust. 1 UPiZP o wszczęciu postępowania w sprawie wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego oraz o postanowieniach i decyzji kończącej postępowanie - strony zawiadamia się w drodze obwieszczenia, a także w sposób zwyczajowo przyjęty w danej miejscowości. Inwestora oraz właścicieli i użytkowników wieczystych nieruchomości, na których będą lokalizowane inwestycje celu publicznego, zawiadamia się na piśmie.

Odwołujący przytoczył dalsze orzecznictwo KIO - wyrok z dnia 13 maja 2014 r. (sygn. akt KIO 816/14) oraz w wyrok z dnia 3 czerwca 2015 r. (sygn. akt: KIO 1066/15), gdzie Izba zaprezentowała pogląd, zgodnie z którym: „Doboru sprzętu i jego komponentów, zgodnego z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ, nie można uznać za „autorską metodologię”, „unikalną wiedzę inżynierską” czy „wyjątkowe know-how”, lecz zwykłą wiedzę profesjonalną, którą posiadają wykonawcy w danej branży. To, że zainteresowany użytkownik nie jest w stanie zestawić komponentów sprzętu przy zastosowaniu przygotowanego przez producenta na jego stronie internetowej konfiguratora sprzętu, tak, aby był on zgodny z SIWZ lub, że nie jest to zestawienie standardowe, nie oznacza jeszcze, że oferowana konfiguracja może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) Owszem, zamiary wykonawcy w tym zakresie mogłyby być tajemnicą, póki wykonawcy przygotowywali swoje oferty, ale na etapie, w którym już nastąpiło złożenie ofert, Izba nie widzi innego uzasadnienia takiego zastrzeżenia poza tym, by, pomimo ustawowo narzuconej jawności oferty od chwili dokonania jej otwarcia przez zamawiającego, inni wykonawcy nie mieli wglądu do oferty i nie mogli zweryfikować, co zostało zamawiającemu zaoferowane. Samo zaś przedstawione przez przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy jest kompletnie nieprzekonujące (...)”.

Odwołujący stwierdził, że *per analogiam* pogląd ten odnieść należy do informacji, o których udostępnienie wnosi, gdyż położenie, nazwa czy współrzędne geograficzne obiektów OR [nie] stanowią odzwierciedlenia zwykłej wiedzy profesjonalnej, która w dodatku, w przypadku udzielenia konsorcjum Nokia zamówienia, stałaby się wiedzą powszechnie dostępną. Lokalizacje będą przecież wskazane w treści obwieszczeń wydanych w trybie art.

53 ust. 1 UPiZP oraz stosownych pozwoleń na budowę tych obiektów. W świetle powyższego ponowił stanowisko, że informacje o planowanych lokalizacjach obiektów OR, FDS oraz OSZ nie mogą być kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż tego rodzaju informacje, z samej swej istoty, będą znane szerokiemu, wręcz nieograniczonemu, kręgowi osób i podmiotów. Wszelkie zastrzeżenia poufności w omawianym zakresie formułowane przez konsorcjum Nokia uznawał zatem za bezskuteczne.

Ponadto odwołujący zauważył, że w świetle definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa jej elementem składowym jest podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności danej informacji. Tymczasem w ofercie konsorcjum Nokia brak jest informacji jakie konkretnie niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji zostały przez to konsorcjum podjęte oraz brak dowodów w tym zakresie.

Zarzucał, że treść Załącznika nr 4 do oferty konsorcjum Nokia zawiera jedynie ogólne stwierdzenia dotyczące wykładni pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” i nie wskazuje na konkretne działania podjęte celu zachowania poufności informacji. Wykonawca ten wskazał jedynie, że „wszyscy członkowie konsorcjum wchodzi w skład międzynarodowej korporacji, która posiada długoletnie tradycje w zakresie tworzenia zasad organizacyjnych, w szczególności w odniesienia do strzeżenia informacji o charakterze poufnym, Każda ze Spółek, w [nowoutworzone] spółki celowe posiada wewnętrzne (tożsame) regulacje oraz postanowienia, które w jak najszerszym zakresie mają zapobiec ujawnianiu informacji, które mają dla Spółek charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.” Konsorcjum Nokia nie wskazuje zatem na podjęcie jakichkolwiek skonkretyzowanych niezbędnych działań pozwalających zachować poufny charakter informacji. Podjęcie działań niezbędnych dla zachowania poufności informacji jest przy tym przesłanką konieczną do zakwalifikowania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Uznk. Tak Izba w wyroku z dnia

8 października 2008 r. (sygn. akt: KIO 2079/08), wydanym w sprawie odwołania wniesionego przez Nokia Siemens Networks Sp. z o.o. oraz Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. na zaniechanie odtajnienia przez PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. utajnionego przez wykonawców Kapsch Sp. z o. o. oraz Kapsch CarrierCom AG opisu technicznego rozwiązania oraz rozbicia ceny ofertowej. KIO podkreśliła, że: „to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach [na] dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek

wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania - i jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.” Analogiczne stanowisko prezentowane jest również w aktualnym orzecznictwie KIO, w tym w wyroku z dnia 12 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 542/17), w którym Izba wskazała, że: „Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 p.z.p. nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 p.z.p. ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. To nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. Pod pojęciem "wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p., rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. (...). Poszukując znaczenia użytego w art. 8 ust. 3 Pzp pojęcia "wykazania" Izba za zasadne uznała odniesienie się do instytucji wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ przepisy regulujące tą kwestię również posługują się pojęciem "wykazania"(...) z przepisów dotyczących wykazywania warunków udziału w postępowaniu wynika, że następuje ono przez złożenie oświadczenia o ich spełnianiu, a nadto - jeżeli Zamawiający żądał dokumentów potwierdzających informacje zawarte w oświadczeniu - również w drodze złożenia dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013, poz. 231 - wersja obowiązująca w dacie wszczęcia Postępowania). Także przepisy wzmiankowanego rozporządzenia posługują się pojęciem "wykazania", chociażby w kontekście możliwości żądania od wykonawcy określonych dokumentów potwierdzających brak podstaw do jego wykluczenia (por. § 3 ust. 1). Zdaniem Izby z powyższej analizy wynika, że pod pojęciem "wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym

upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 uZnk. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, wykazanie technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.)” Powyższe jest zgodne z linią orzecniczą zaprezentowaną we wcześniejszym orzeczeniu Izby, z dnia 26 kwietnia 2017 r. (sygn. akt: KIO 703/17), w którym KIO zaznaczała, że „Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. (...) Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostął także ciężarowi wykazania, że podjął, jak stanowi art. 11 ust. 4 uZnk, "niezbędne" działania celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z powyższego przepisu wynika, że niewystarczające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań "niezbędnych". Działania "niezbędne" to innymi słowy działania skuteczne w tym znaczeniu, iż gwarantują one,

że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie konstruowania ceny począwszy od dostawcy (podwykonawcy), przez pośredników, do zespołu ofertowania u wykonawcy.” Ten element uzasadnienia zastrzeżenia sprowadził się do lakonicznego oświadczenia, że wykonawca wchodzi w skład międzynarodowej korporacji, która posiada długoletnie tradycje w zakresie tworzenia zasad organizacyjnych, w szczególności w odniesieniu do strzeżenia informacji o charakterze poufnym. Oświadczył także, że posiada wewnętrzne regulacje oraz postanowienia, które w jak najszerszym zakresie mają zapobiec ujawnianiu informacji. Wskazał także, że informacje te odpowiednio oznaczył i wyodrębnił w ofercie. Jak wynikało z powyższego, metody i sposoby ochrony informacji nie zostały wykazane przez odwołującego w uzasadnieniu znajdującym się w ofercie. Nie wiadomo jakie procedury wykonawca stosuje w firmie i jakie zastosował w tej konkretnej sprawie w odniesieniu do zastrzeganych informacji. Zaniechanie to uniemożliwiło zamawiającemu przeanalizowanie, czy te procedury są skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania spornych danych w poufności. Nie wiadomo, czy były stosowane jakiegokolwiek klauzule poufności w umowach z pracownikami (...). Nie ujawniono zamawiającemu treści tych klauzul. Nie

wiadomo zatem w jaki sposób miała być zachowywana poufność cen w całym procesie konstruowania cen z uwzględnieniem całego łańcucha podwykonawców i dostawców, osób z zespołu ofertowania itd.

Odwołujący podnosił, że w oparciu o powyższą argumentację Izba uznała, iż w będącym przedmiotem wyrokowania stanie faktycznym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było nieskuteczne, z czego wywodził, że taka sama konkluzja powinna zatem nastąpić w odniesieniu do realiów niniejszego postępowania. Konsorcjum Nokia opisując działania, jakie podjął celem zachowania poufności Informacji posłużył się bowiem identyczną argumentacją jak ta, którą zakwestionowała Izba w sprawie o sygn. akt: KIO 703/17. Orzeczenie to również zostało wydane w związku z postępowaniem prowadzonym przez tego samego zamawiającego. Analogiczną interpretację przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa KIO przyjmowała również w orzeczeniach wydanych w postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających publicznych. Odwołujący przytoczył tezę z wyroku KIO z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 703/17, że: *„Działania „niezbędne” to innymi słowy działania skuteczne w tym znaczeniu, iż gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie konstruowania ceny począwszy od dostawcy (podwykonawcy), przez pośredników, do zespołu ofertowania u wykonawcy.”* Za działania tego rodzaju, nie można uznać ogólnikowych twierdzeń konsorcjum Nokia, że tworzące je spółki posiadają doświadczenie w ochronie informacji oraz *„posiadają wewnętrzne (tożsame) regulacje oraz postanowienia, które w jak najszerszym zakresie mają zapobiec ujawnianiu informacji, które mają dla Spółek charakter tajemnicy”*. Odwołujący przytoczył tezę kolejnego wyroku z dnia 10 marca 2016 r. (połączone sprawy akt KIO 223/16; KIO 224/16; KIO 225/16; KIO 228/16), w którym Izba zaakcentowała, że: *„zasada jawności postępowania jest jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia. Owszem, przepisy p.z.p. dopuszczają możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale równocześnie też nakładają na wykonawcę obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że wykonawca chcąc skorzystać z uprawnienia, jakie przyznaje mu ustawa w tym względzie powinien zachować należytą staranność. Należy wskazać, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Brak wyjaśnień wykonawcy lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.”*

Opierając się na przytoczonym orzecznictwie odwołujący stwierdził, że w świetle powyższego już sama okoliczność braku wykazania przez konsorcjum Nokia konkretnych, niezbędnych działań jakie wykonawca ten podjął w celu zachowania poufności informacji,

popartego odpowiednimi środkami dowodowymi - winna przesądzać o braku skuteczności zastrzeżenia poufności informacji. Niespełnienie już tej tylko przesłanki powoduje niemożność dokonania pozytywnej kwalifikacji normatywnej Informacji jako „informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 11 ust. 4 Uznk. Na marginesie zauważył, że nie jest dopuszczalne uzupełnienie treści zastrzeżenia poufności informacji dokonanego w trybie art. 8 ust. 3 Pzp, poprzez rozszerzenie pierwotnej argumentacji, czy przytoczenie nowych okoliczności czy działań podjętych przez wykonawcę. W wyroku z dnia

24 listopada 2015 r., sygn. akt: KIO 2446/15, Izba wskazała, że to *„Na wykonawców nałożono obowiązek udowodnienia zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert. W konsekwencji zamawiający winien ustalić, czy wykazanie nastąpiło w momencie składania zastrzeganej informacji, w tym przypadku czy nastąpiło to w ofercie. (...) Z uwagi na termin ustawowy niedopuszczalne jest uzupełnianie oferty o elementy, których nie ma w uzasadnieniu znajdującym się w ofercie.”*

Wszelkie zatem potencjalne nowe twierdzenia, czy argumenty podnoszone przez konsorcjum Nokia dotyczące

zasadności dokonanego zastrzeżenia poufności informacji oraz dowody składane na ich poparcie winny zostać uznane za spóźnione.

W podsumowaniu odwołujący podtrzymał, że konsorcjum Nokia nie podołało wynikającemu z art. 8 ust 3 Pzp ciężarowi wykazania ziszczenia się przesłanek kwalifikacji informacji jako stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Uznk. Konsorcjum Nokia nie wykazało bowiem, aby informacje, o których odtajnienie wnosili odwołujący, miały charakter informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych lub handlowych posiadających wartość gospodarczą dla tego konsorcjum, że informacje te, nie zostały (i nie zostaną) podane do publicznej wiadomości oraz, że konsorcjum Nokia podjęło niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Mając na uwadze całokształt wyżej przywołanych okoliczności faktycznych, zamawiający winien był odtajnić, również informacje dotyczące położenia, nazwy i współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR za wartość w załączniku nr 8 do oferty konsorcjum Nokia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w zakresie danych dotyczących informacji zawartych w załączniku nr 8 do oferty konsorcjum Nokia - Lista planowanych lokalizacji OR z oznaczeniem tych lokalizacji, których ujawnienia domagał się odwołujący podał, że: Podjął decyzję o odtajnieniu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Nokia informacji zawartych w załączniku nr 8 do oferty Nokia- Lista planowanych lokalizacji OR - z wyłączeniem informacji o lokalizacji (położeniu OR). W dniu 18.10.2017r. odwołujący otrzymał od zamawiającego kopie odtajnionych części oferty przystępującego.

Dowód: decyzja o odtajnieniu części zamiennych oferty zastrzeżonej jako „Tajemnica przedsiębiorstwa” nr IRZUa-08i5-GSMR-POLiŚ 5.10-20-2/17.

Odnosząc się do zasadności uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa Nokia informacji zawartych w załączniku nr 8 dotyczących informacji o lokalizacji OR - wskazał, że zakres przedmiotu zamówienia obejmuje w szczególności:

- zaprojektowanie, optymalizację, budowę i uruchomienie Sieci GSM-R (Infrastruktury GSM-R) na Odcinku Wdrożeniowym i w lokalizacjach wskazanych w OPZ,
- zaprojektowanie i budowę kanalizacji kablowej z kablem światłowodowym dla światłowodowych kabli szlakowych wraz z przyłączami do Obiektów oraz przełącznicami ODF na liniach, na których kable buduje Wykonawca Części I,
- zaprojektowanie i budowę kanalizacji kablowej z kablem światłowodowym dla przyłączy do Obiektów wraz z przełącznicami ODF na kablach realizowanych w ramach innych projektów Zamawiającego oraz na kablach, które zostaną udostępnione przez Zamawiającego,
- budowę węzłów oraz dostarczenie i uruchomienie urządzeń IP-MPLS na potrzeby Sieci Dostępowej Teletransmisyjnej oraz Sieci Agregacyjnej Teletransmisyjnej,
- wdrożenie Systemu FDS na wybranych posterunkach, nastawniach i w Lokalnych Centrach Sterowania wraz z centralami FDS,
- integrację dostarczonych przez Wykonawcę Systemów w celu osiągnięcia pełnej funkcjonalności Sieci GSM-R oraz zapewnienia możliwości zdalnego zarządzania wszystkimi elementami sieci,
- dostawę kart SIM oraz Terminali GSM-R wraz z akcesoriami,
- budowę wież i kontenerów dla Obiektów OR, ORR oraz kontenerów dla OSZ,
- adaptację i wyposażenie Obiektów OC i OCa,
- oraz pozostałe prace zgodnie z OPZ.

Zdaniem zamawiającego tylko duże doświadczenie projektowe, know-how i wiedza pozyskana przez Nokia - przy wcześniejszej realizacji podobnych inwestycji - było podstawą do złożenia oferty, w tym do przedstawienia (już na etapie składania ofert , a nie było to wymagane przez SIWZ) konkretnych lokalizacji OR.

W ocenie zamawiającego lista konkretnych lokalizacji OR (a nie tylko samej ilości OR) przedstawia autorskie rozwiązania Nokia, koncepcje techniczne oraz organizacyjne, a w szczególności własną strategię realizacji niniejszego zamówienia gwarantującą jego prawidłowe wykonanie. O sukcesie tego typu skomplikowanych projektów decyduje w dużej mierze umiejętność odpowiedniego dopasowania szeregu powiązanych ze sobą czynników oraz posiadanych przez przystępującego zasobów, którą można określić jako strategią

realizacji zamówienia publicznego. Strategia ta została przez Nokia odzwierciedlona w dokumentach wskazanych na wstępie, co z kolei rodzi potrzebę utrzymania ich w poufności. Zamawiający dodał, że do tej pory zamówienie publiczne o takiej skali nie było realizowane na terenie RP, a wskazana unikalność rozwiązań w zakresie OR jest nieujawniona publicznie i utrzymywana przez Nokia jako poufna. Zaznaczył, że rynek wykonawców będących w stanie wykonać takie zamówienie publiczne jest stosunkowo ograniczony, a szczegóły techniczne utrzymywane są przez wykonawców w tajemnicy. Informacje zawarte w załączniku nr 8 dotyczących informacji o lokalizacji OR stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Nokia (w świetle art. 11 ust. 4 ustawy znk) bowiem: mają one charakter techniczny, technologiczny, handlowy, a także organizacyjny przedsiębiorstwa Nokia. Powyższym informacjom nie można

odmówić wartości gospodarczej dla przystępującego. Ponadto, zawarte w załączniku nr 8 informacje o lokalizacji OR nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Jak wskazał przystępujący w wyjaśnieniach załączonych do oferty - w przedsiębiorstwach wszystkich członków konsorcjum wdrożone są odpowiednie procedury bezpieczeństwa informacji mające na celu ochronę informacji, zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa - co świadczy o powzięciu w stosunku do powyższych informacji niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności oraz o nieudostępnianiu tych informacji do wiadomości publicznej.

Odnosząc się do treści odwołania, jakoby przystępujący nie uzasadnił w załączniku do oferty "Oświadczenie, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy, o nieujawnianiu informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji" - zasadności zastrzeżenia informacji o lokalizacjach OR - zamawiający podnosił, że stanowisko odwołującego jest w tym zakresie bezzasadne. Wyjaśnienia przystępującego są "podzielone" na trzy części, odnoszą się do: (i) RCO, (ii) wykazu prac przeznaczonych do podwykonania oraz (iii) rozwiązań technicznych i organizacyjnych dotyczących sposobu wykonania zamówienia. W ostatniej z trzech części zawarto uzasadnienie do lokalizacji OR.

Wynika to wprost z listy 12 zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa - informacji technicznych. Lokalizacja OR jest wymieniona jako 9 z 12 kategorii zastrzeżonych informacji (strona 14 oferty Nokia). Zamawiający podtrzymał powyższe stanowisko do protokołu rozprawy.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty przystępującego i odwołującego - w zakresie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w złożonej ofercie, z powiadomienia o wyniku postępowania. Z akt sprawy odwoławczej sygn. KIO 2102/17. Z odwołania wniesionego przez odwołującego na wybór oferty konsorcjum Nokia.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wynika następujący stan faktyczny, którego strony nie kwestionowały, ani nie wносиły o jego uzupełnienie.

Przedmiotem zamówienia jest „Budowa infrastruktury systemu ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS”. Część 1: pkt I:

1. Wdrożenie sieci GSM-R w tym systemu radiowego wraz z wybranymi funkcjonalnościami GSM-R opisanymi w specyfikacjach EIRENE, MORANE, specyfikacjach ETSI dla GSM-R, dokumentach normatywnych UIC (ang. International Union of Railways) na podstawie pozwoleń na budowę dla obiektów radiokomunikacyjnych uzyskanych w projekcie POLiŚ 7.1-

36.2 „Budowa infrastruktury systemu GSM-R na liniach kolejowych zgodnych z harmonogramem NPW ERTMS, Faza I - Prace Przygotowawcze”, obejmujące

zaprojektowanie, dostawę i wykonanie wszystkich niezbędnych prac oraz robót budowlanych. Na liniach nie objętych w/w projektem zakres będzie obejmował również wykonanie planowania radiowego i pozyskanie pozwoleń na budowę dla obiektów radiokomunikacyjnych. Szczegółowy opis wybranych przez Zamawiającego funkcjonalności GSM-R zostanie zawarty w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.

2. Wdrożenie teletransmisyjnej sieci dostępowej na potrzeby sieci GSM-R, sieci terminali dyżurnych ruchu FDS (ang. fixed dispatcher system) i innych systemów, wraz z niezbędnym systemem zarządzania siecią obejmujące zaprojektowanie, dostawę i wykonanie wszystkich niezbędnych prac oraz robót budowlanych w tym wykonanie kanalizacji kablowej i sieci kabli światłowodowych.

3. Wdrożenie sieci terminali dyżurnych ruchu - FDS (ang. fixed dispatcher system) na wybranych posterunkach, nastawniach i w Lokalnych Centrach Sterowania i/lub innych lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego obejmujące zaprojektowanie, dostawę i wykonanie wszystkich niezbędnych prac oraz robót budowlanych.

4. Integracja dostarczonych podsystemów w celu osiągnięcia pełnej funkcjonalności całej sieci GSM-R oraz zapewnienia możliwości zdalnego zarządzania wszystkimi elementami sieci.

5. Dostarczenie wszystkich licencji niezbędnych do funkcjonowania sieci GSM-R, teletransmisyjnej sieci dostępowej i wszystkich systemów zarządzania, które zostaną dostarczone i wdrożone w ramach zamówienia.

6. Dostawa terminali mobilnych GSM-R z akcesoriami i kart SIM.

7. 5-letni okres gwarancyjny dostarczonego i wdrożonego rozwiązania w ramach zamówienia wraz z usługami

rozwojowymi.

pkt: II

7 - letni okres pogwarancyjnego utrzymania urządzeń GSM-R i urządzeń teletransmisyjnych

-opcja

Zgodnie z punktem 3.3.1. ppkt 5 OPZ wykonawcy zobowiązani i byli wskazać w ofercie i ilość

OR (obiektów radiokomunikacyjnych) planowaną do wybudowania z uwzględnieniem

otrzymanych od Zamawiającego o pozwolenia na budowę (PnB) i ilości całkowicie nowych projektowanych lokalizacji

OR.

Czas trwania zamówienia lub termin realizacji: Okres w miesiącach: 65 (od udzielenia zamówienia)

Kwalifikacje techniczne. Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: I. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia.

Część nr 1

1) Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przetargowym wdrożył co najmniej jeden system GSM-R lub GSM wraz z jego instalacją i niezbędnymi robotami budowlanymi, a zakres prac obejmował co najmniej:

a) planowanie radiowe;

b) projektowanie systemu;

c) dostarczenie i instalację urządzeń;

d) integrację i testy akceptacyjne sieci;

e) budowę obiektów radiokomunikacyjnych składających się z wież i kontenerów telekomunikacyjnych;

f) wdrożenie światłowodowej sieci teletransmisyjnej na potrzeby systemu GSM-R lub GSM poprzez dostawę, uruchomienie i testy niezbędnych urządzeń teletransmisyjnych wraz z wybudowaniem kanalizacji kablowej i instalację kabli światłowodowych. Dostarczony system składał się co najmniej z następujących elementów sieciowych: stacji bazowych BTS, sterownika stacji bazowych BSC, rejestru abonentów HLR, podsystemu komutacji łączności NSS, platformy IN i systemów zarządzania poszczególnymi elementami sieciowymi.

2) Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przetargowym świadczył bądź świadczy w sposób nieprzerwany przez okres co najmniej 12 -tu miesięcy, w ramach jednej umowy, usługę utrzymania urządzeń GSM-R i urządzeń teletransmisyjnych.

Kryteria udzielenia zamówienia

Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie z uwzględnieniem kryteriów kryteria określone poniżej

1. Cena. Waga 90

2. Termin realizacji. Waga 10

Informacje na temat aukcji elektronicznej: Wykorzystana będzie aukcja elektroniczna: tak. Jeżeli dla poszczególnych części zostaną złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu, Zamawiający po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzi aukcję elektroniczną. Kryterium oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie cena. Wpłynęły 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

SIWZ - IDW pkt 12.8. Wykonawca nie później niż w terminie składania ofert może zastrzec w Formularzu ofertowym, którego wzór stanowi zał. 1 do IDW, iż Zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z 16.4.1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz.U. 2003 nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Pkt 12.9. Wykonawca nie może zastrzec następujących informacji: nazwy i adresu, informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie.

Pkt 12.10. Wykonawca w przypadku zastrzeżenia w Formularzu ofertowym, iż Zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą oświadczenie sporządzone zgodnie z wzorem zawartym w załączniku 4 do IDW. Wraz z zastrzeżeniem, o którym mowa wyżej Wykonawca jest zobowiązany wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest złożyć ofertę w taki sposób, aby arkusze (kartki), których dotyczy tajemnica przedsiębiorstwa były w sposób trwały odłączone od pozostałej części wniosku. Ponadto każdy arkusz (kartka) objęty tajemnicą przedsiębiorstwa musi zostać opatrzony napisem informującym, że stanowi on tajemnicę przedsiębiorstwa (np. „Tajemnica przedsiębiorstwa”), natomiast wszystkie arkusze (kartki) zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być zszyte, w oprawie grzbietowej lub połączone w jedną całość inną techniką.

VI. Zgodnie z art. 31c ustawy, Zamawiający informuje, że w dniach 22-23.06.2015 przeprowadził dialog techniczny.

Dialog był prowadzony z każdym z wykonawców odrębnie i ustalenia były tajne.

Część II Informacyjna SIWZ podaje:

1. Informacje o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane

1. Zamawiający posiada prawo do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane m.in. na podstawie prawa własności, użytkowania wieczystego bądź stosunku zobowiązaniowego wynikającego z zawartej z PKP S.A. umowy oddania do odpłatnego korzystania linii kolejowych oraz innych nieruchomości niezbędnych do zarządzania liniami kolejowymi nr D50-KN-1L/01 (D50). Wyżej wymieniona umowa obejmuje nieruchomości w całości lub w części, w związku z tym Wykonawca przyjmie, że konieczne będzie uzyskiwanie zgody strony trzeciej, tj. właściwego miejscowo PKP S.A. Oddziału Gospodarowania Nieruchomościami dla wszystkich nieruchomości objętych umową D50.

2. Jeżeli planowane roboty budowlane prowadzone będą na terenie, do którego

Zamawiający nie posiada tytułu prawnego o. W ykonawca zobowiązuje się do pozyskania, od osoby która legitymuje się tytułem prawnym do nieruchomości, zgodę na dysponowanie przedmiotową działką na cele budowlane.

3. Podczas planowania zakresu inwestycji Wykonawca zobligowany jest do uprzedniego sprawdzenia stanu prawnego nieruchomości, na których przeprowadzona ma być inwestycja. Zaleca się, aby w miarę możliwości inwestycja była projektowana w terenie kolejowym, w szczególności na obszarze objętym umową D50, w celu ograniczenia realizacji inwestycji na działkach stanowiących własność/użytkowanie wieczyste osób trzecich.

4. Sposób pozyskania prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane uzależniony jest od trybu, w jakim prowadzona będzie inwestycja. W przypadku uzyskania:

1) decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej - dla nieruchomości, które z dniem ostateczności przedmiotowej decyzji były własnością Skarbu Państwa w użytkowaniu wieczystym PKP S.A. Dla takich nieruchomości, jeżeli nie są objęte umową D50 Wykonawca jest zobligowany pozyskać od PKP S.A. (właściwego miejscowo PKP S.A. Oddziału Gospodarowania Nieruchomościami - dalej OGN PKP S.A.) zgodę na dysponowanie gruntem na cele budowlane,

2) decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, realizacji inwestycji zgodnie z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego bądź realizacji inwestycji w ramach zgłoszenia - w sytuacji, gdy nieruchomość nie jest objęta umową D50,

Wykonawca winien pozyskać, od osób które legitymują się tytułem prawnym do nieruchomości, zgodę na dysponowanie nieruchomością na cele budowlane. W przypadku działek kolejowych należy pozyskać zgodę od OGN PKP S.A.

Wykonawca zobowiązany jest w ramach Przedmiotu Zamówienia pozyskać wszystkie wymagane prawem decyzje o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej i/lub decyzje o ustaleniu lokalizacji inwestycji [dla tego] celu.

Wszelkie koszty związane z przygotowaniem wniosku o wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej i/lub decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji [dla tego] celu publicznego ponosi Wykonawca.

W przypadku zaistnienia konieczności pozyskania praw do innych nieruchomości niż te, o których mowa w art. 9s ust. 3b Ustawy o transporcie kolejowym Wykonawca zobowiązuje się do wykonania i przekazania Zamawiającemu operatów szacunkowych, sporządzonych przez osobę posiadającą uprawnienia rzeczoznawcy majątkowego.

21.2.6 Dokumenty na pozyskanie gruntów

1. Projektowanie Robót dla których będzie konieczne pozyskiwanie praw do nieruchomości w formie dzierżawy, najmu, innych umów podobnych, ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego lub nabycia prawa do nieruchomości w drodze decyzji administracyjnej lub w drodze cywilnoprawnej (akt notarialny) wymaga każdorazowo zgody Zamawiającego.

2. W przypadku, kiedy realizacja Robót wymagać będzie dodatkowego nabycia praw do nieruchomości Wykonawca winien, zgodnie z obowiązującymi przepisami, dostarczyć Zamawiającemu niezbędne dokumenty umożliwiające nabycie tych praw, przy czym operaty szacunkowe dostarczone będą jedynie w przypadku zaistnienia konieczności pozyskania praw do innych nieruchomości niż te, o których mowa w art. 9s ust. 3b Ustawy o transporcie kolejowym.

3. Uzyskanie prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane będzie obowiązkiem Wykonawcy.

Załączniki do umowy nr 7, 8 i 9 zawierają treść wymagań, na jakich właściciele nieruchomości mają udostępniać nieruchomości na cele budowlane i utrzymania infrastruktury kolejowej, wraz z określeniem zasad odpłatności w postaci czynszu, wynagrodzenia za służebność przesyłu, itp.

Zamawiający w § 1 ust. 3 załącznika nr 1 do umowy zastrzegł jako niezbędne utrzymanie w tajemnicy wszelkich informacji, które Wykonawca uzyska od Zamawiającego o związku z

świadczącym usługami stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz tajemnicę w rozumieniu ustawy z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej.

Zamawiający potwierdził, że dokumentacja jaka powstanie, będzie miała charakter poufny i będzie stanowiła tajemnicę PLK. Zamawiający potwierdził, że w zakresie obiektów komunikacyjnych są one zaliczane do infrastruktury krytycznej, objętej przepisami ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym. Ma powstać wydzielona i zabezpieczona wewnętrzna sieć łączności na potrzeby Kolei.

W zakresie I Części zamówienia w wyznaczonym terminie 22 września 2017 r. oferty złożyli:

1) Konsorcjum: 1) Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa, 2) SPC-1 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) SPC-2 Sp. z o.o., 4) SPC-3 Sp. z o.o., cena - 2 789 708 880,00 zł brutto, punktacja 100,

2) Konsorcjum: 1) Kapsch CarrierCom Sp. z o.o. w Warszawie, 3) Kapsch CarrierCom AG w Wiedniu (Austria), 4) Kapsch CarrierCom France S.A.S w Imoginity Le Bretonneux (Francja), 5) PORR S.A. w Warszawie, cena - 3 028 040 437,82 zł, punktacja 74,51

3) Konsorcjum: Beijing National Railway Research (Chiny) - oferta odrzucona.

We wzorze załącznika nr 1 Formularza oferty zamawiający wymagał, aby zostało oznaczone: rodzaj, nazwa informacji, strony w ofercie, podstawa zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający wymagał odpowiedzi na następujące pytania.

1) Czy zastrzeżone informacje zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

2) Jakie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne, które wykonawca uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa są w zastrzeżonych informacjach.

3) Czy i ewentualnie jaką wartość gospodarczą posiadają powyższe informacje.

4) Jakie niezbędne działania zostały przez wykonawcę podjęte w celu zachowania poufności danych objętych tymi informacjami.

W dniu 22 września 2017 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert złożonych w postępowaniu. W tym samym dniu, odwołujący złożył wniosek o umożliwienie mu wglądu do ofert.

Pismem z dnia 26 września 2017 r. zamawiający poinformował odwołującego, iż w dniu 27 września 2017 r. od godz. 9:00 będzie mógł odebrać w siedzibie zamawiającego fabrycznie nowy nośnik danych, zawierający kopie ofert złożonych w postępowaniu „nieopatrzone klauzulą Tajemnica Przedsiębiorcy”.

W wyznaczonym dniu, tj. 27 września 2017 r. odwołujący otrzymał przedmiotowy nośnik, zawierający m.in. część oferty złożonej przez konsorcjum Nokia, w tym m.in. Załącznika nr 4 do tej oferty, w którym konsorcjum Nokia wskazało, które informacje stanowiące treść oferty nie mogą być ujawniane, gdyż stanowią (w ocenie tego wykonawcy) tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.:

a. Podział linii kolejowych na etapy - tj. załącznik nr 7 do oferty konsorcjum Nokia,

b. Lista planowanych lokalizacji OR - tj. załącznik nr 8 do oferty konsorcjum Nokia

c. Lista planowanych lokalizacji FDS - tj. załącznik nr 9 do oferty konsorcjum Nokia

d. Lista planowanych lokalizacji OSZ - tj. załącznik nr 10 do oferty konsorcjum Nokia,

e. Opis techniczny - tj. załącznik nr 11 do oferty konsorcjum Nokia,

f. Wykaz części zamiennych - tj. załącznik nr 12 do oferty konsorcjum Nokia,

g. Usługi w okresie pogwarancyjnym - tj. załącznik nr 13 do oferty konsorcjum Nokia,

h. RCO - tj. załącznik nr 14 do oferty konsorcjum Nokia,

Informacja o ilości OR (obiektów radiokomunikacyjnych) planowanych do wybudowania z uwzględnieniem otrzymanych od zamawiającego o pozwolenia na budowę oraz ilości całkowicie nowych projektowanych przez konsorcjum Nokia projektowanych lokalizacji OR z podaniem współrzędnych geograficznych i numerów działek oraz miejscowości pozwalających na dokładne ustalenie położenia obiektów, została przez konsorcjum Nokia wskazana w treści załącznika nr 8 do oferty. Lista planowanych lokalizacji OR - tj. załącznik nr 8 do oferty konsorcjum Nokia obejmuje po kilkaset pozycji. Lista Obiektów Radiowych do realizacji w ramach etapów obejmuje dane: nazwę OR; nr linii kolejowej; km linii; szerokość i długość geograficzną w stopniach; miejscowość, gminę, powiat, nazwę obszaru, numer obszaru, nr działki.

Zamawiający zalecał aby część OR (obiektów radiokomunikacyjnych) była posadowiona w obiektach, co do których

zamawiający we własnym zakresie uzyskał pozwolenia na budowę w oznaczonych i podanych wszystkim wykonawcom lokalizacjach.

Część lokalizacji OR miała być całkowicie nowych projektowanych przez wykonawcę składającego ofertę, którego obowiązkiem było uzyskanie stosownych zezwoleń.

Przystępujący Nokia wyjaśnił, że w swoim załączniku nr 8 podając dane umożliwiające zlokalizowanie nieruchomości, w większości ujął lokalizacje należące do PKP, natomiast

części tych lokalizacji stanowią nieruchomości prywatne, co do których podjął wstępne działania zmierzające do ich wykorzystania dla celów tego zamówienia. Poczynił pierwsze ustalenia handlowe z właścicielami nieruchomości co do dobrowolnego o udostępnienia na cele budowlane OR, ponieważ z uwag i na czas realizacji projektu szybszą ścieżką jest porozumienie z właścicielem, niż decyzje administracyjne - ustalenia lokalizacji celu publicznego. Rozpoznanie w terenie było robione również na terenie kolejowym pod kątem optymalnej możliwości - projektów posadowienia masztów i kontenerów, jak o koniecznej infrastruktury. Zostały porobione pomiary, czy przy danych lokalizacjach będzie pełne wymagane pokrycie sieci radiowej, i w związku z tym zaprojektowanie i użycie dobranych urządzeń. Przystępujący potwierdził, że negocjacje w tym zakresie z właścicielami konkretnych nieruchomości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ mogłoby dojść do tzw.: „podkupienia” przez inne podmioty, lub innego rodzaju przeciwdziałania dla udostępnienia tych nieruchomości na zamierzone cele budowy i infrastruktury łączności dla Kolei. W oparciu o ww. dokonane ustalenia i porozumienia przystępujący przyjął Opis Techniczny Rozwiązania i skalkulował cenę swojej oferty.

Przystępujący - konsorcjum Nokia w dokumentach oferty według punktu 11 i 12 Formularza ofertowego zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty zamieszczone na stronach od 26- 1829 oraz 58a, 126a, 413a,b,c,d ; 417a,b,c; 1659a. Oferta liczy 1829 stron.

Przystępujący podał w ofercie: Działając w imieniu wymienionych powyżej Wykonawców oświadczamy, że na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy wskazane poniżej informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w związku z niniejszym nie mogą być one udostępniane.

W załączniku nr 4 Przystępujący wymienił dokumenty, które podlegają utajnieniu w jego ofercie. Natomiast uzasadnienie dla zastrzeżenia TP podał piśmie z dnia 21.09.17r. (od str. 13 oferty).

Wykonawca podał, między innymi, że zachowanie zastrzeżonych danych w tajemnicy jest konieczne, by z zastosowanych rozwiązań (a tym samym z know-how Konsorcjum) nie mogły w przyszłości skorzystać inne podmioty z tej samej branży. W szczególności

ujawnienie lokalizacji OR wskazywałoby na know-how w zakresie planowania pokrycia radiowego, co jest pilnie strzeżoną tajemnicą NSN. Kompetencja w tym zakresie gwarantuje przewagę konkurencyjną i zapewnia wysoką pozycję na rynku.

Zatem przyjął, że informacje te wypełniają dyspozycję art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i z tego powodu uznał, że są to dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż: „Rozwiązania techniczne i organizacyjne dotyczące sposobu wykonywania zamówienia spełniają przesłanki informacji technicznych i technologicznych Wykonawcy, które stanowią swoiste know-how Konsorcjum, którego poszczególne Spółki strzegą wobec osób trzecich i podejmują jak najszerze działania, w celu zachowania przedmiotowych informacji w poufności. Dokumenty wchodzące w skład opisu technicznego rozwiązania i opisów produktów zawierają informacje techniczne na podstawie, których można wywnioskować Know-how wykonawców - konsorcjum NSN. Odnosi się to zwłaszcza do stosowania określonego sprzętu i jego konfiguracji. Know-how - jest w sposób niekwestionowany składnikiem przedsiębiorstwa i informacją, co do której może występować konieczność uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa (Szwajca St. Ustawa o Zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz. Warszawa 2006). Ponadto wykaz ten wskazuje na rynki zaopatrzenia. Zgodnie z postanowieniem Sądu Antymonopolowego (XVII Amz 3/96), tajemnice przedsiębiorstwa mogą stanowić (...) źródła zaopatrzenia. (...). Podjęte działania w jak najszerszym zakresie mają zapobiec ujawnieniu informacji, które mają dla Spółek charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Tylko takie działania pozwalają korporacji, w skład której wchodzi członkowie Konsorcjum, na uzyskanie niekwestionowanej pozycji na rynku w swojej branży. Potwierdzeniem skuteczności działań podjętych przez Strony jest to, że informacje te nie są dostępne w zwykłej drodze. Ponadto we wszystkich umowach każdego z

członków Konsorcjum wpisane są zastrzeżenia o poufności przekazywanych informacji i obowiązku traktowania ich jako tajemnica przedsiębiorstwa. Równocześnie informacje, których dotyczy zapytanie zostały odpowiednio oznaczone

i wyodrębnione w ofercie.

Zdaniem Nokia zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji objętych pytaniami zadanymi przez zamawiającego. Wykonawca podał, że wszyscy członkowie konsorcjum wchodzi w skład międzynarodowej korporacji, która posiada długoletnie tradycje w zakresie tworzenia zasad organizacyjnych, w szczególności w odniesieniu do strzeżenia informacji o charakterze poufnym. Każda ze Spółek, [nowoutworzone spółki celowe] posiada wewnętrzne (tożsame) regulacje oraz postanowienia, które w jak najszerszym zakresie mają zapobiec ujawnianiu informacji, które mają dla Spółek charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Tylko takie działania pozwalają korporacji, w skład której wchodzi członkowie konsorcjum, na uzyskanie niekwestionowanej pozycji na rynku w swojej branży. Potwierdzeniem skuteczności działań podjętych przez strony jest to, że informacje te nie są dostępne w zwykłej drodze.

Odwołujący w dniu 7 października 2017 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucał zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp, polegające na zaniechaniu ujawnienia następujących informacji zawartych w treści oferty złożonej przez konsorcjum Nokia (stanowiącej załącznik do protokołu postępowania):

- a) Informacji zawartych w załączniku nr 7 do oferty konsorcjum Nokia - Podział listy linii kolejowych na Etapy,
- b) Informacji zawartych w załączniku nr 8 do oferty konsorcjum Nokia - Lista planowanych lokalizacji OR,
- c) Informacji zawartych w załączniku nr 9 do oferty konsorcjum Nokia - Lista planowanych lokalizacji FDS,
- d) Informacji zawartych w załączniku nr 10 do oferty konsorcjum Nokia - Lista lokalizacji OSZ,
- e) Informacji zawartych w załączniku nr 11 do oferty konsorcjum Nokia - Opis techniczny,
- f) informacji o ilości OR planowanych do wybudowania z uwzględnieniem otrzymanych od Zamawiającego pozwoleń na budowę oraz ilości całkowicie nowych projektowanych przez konsorcjum Nokia projektowanych lokalizacji OR,
- g) Informacji zawartych w załączniku nr 14 do oferty konsorcjum Nokia -RCO - Rozbicie ceny ofertowej, w tym w szczególności, lecz nie wyłącznie informacji dotyczących
-cen oraz liczby obiektów OR, ORR oraz OSZ

wyceny systemów urządzeń OTK dla poszczególnych linii kolejowych, obejmujących ceny za wykonanie systemu urządzenia OTK dla danej linii (suma kolumn 1 i kolumn 2) lub dla 1 km

danej linii, ze wskazaniem długości danego odcinka linii kablowej (ilości kilometrów kabla OTK, jaka na danej linii zaoferowało wykonać konsorcjum Nokia).

(2) Odwołujący zarzucał naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm. poprzez uznanie, że określone w pkt (1) powyżej informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa konsorcjum Nokia, podczas gdy informacje te, z uwagi na ich treść, nie mieszczą się w kategorii informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających dla konsorcjum Nokia wartość gospodarczą,

(3) art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Uznk poprzez uznanie, że określone w pkt (1) lit powyżej informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa konsorcjum Nokia, podczas gdy informacje te zostały już podane lub będą musiały zostać podane do wiadomości publicznej,

(4) art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Uznk poprzez uznanie, że określone w pkt (1) powyżej informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa konsorcjum Nokia, mimo iż wykonawca ten nie wykazał w złożonej przez siebie ofercie faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności tych informacji.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu odtajnienia informacji zawartych w ofercie konsorcjum Nokia i udostępnienie ich jako załączników do protokołu z postępowania, a to z uwagi, iż konsorcjum Nokia nie wykazała w złożonej przez siebie ofercie faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności tych informacji; ewentualnie

2. nakazanie zamawiającemu odtajnienia informacji zawartych w ofercie konsorcjum Nokia i udostępnienie ich jako załączników do protokołu z postępowania jako niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, to jest:

- informacji zawartych w załączniku nr 7 do oferty konsorcjum Nokia - Podział listy linii kolejowych na Etapy,
- informacji zawartych w załączniku nr 8 do oferty konsorcjum Nokia - Lista planowanych lokalizacji OR,
- informacji zawartych w załączniku nr 9 do oferty konsorcjum Nokia - Lista planowanych lokalizacji FDS,
- informacji zawartych w załączniku nr 10 do oferty konsorcjum Nokia - Lista lokalizacji OSZ,
- informacji zawartych w załączniku nr 11 do oferty konsorcjum Nokia - Opis techniczny,
- informacji o ilości OR planowanych do wybudowania z uwzględnieniem otrzymanych od zamawiającego pozwoleń na budowę oraz ilości całkowicie nowych projektowanych przez konsorcjum Nokia projektowanych lokalizacji OR
- informacji zawartych w załączniku nr 14 do oferty Konsorcjum Nokia -RCO - Rozbicie ceny ofertowej, w tym w szczególności lecz nie wyłącznie informacji dotyczących cen oraz liczby obiektów OR, ORR oraz OSZ oraz wyceny

systemów urządzeń OTK dla poszczególnych linii kolejowych, obejmujących ceny za wykonanie systemu urządzenia OTK dla danej linii (suma kolumn 1 i kolumn 2) lub dla 1 km danej linii, ze wskazaniem długości danego odcinka linii kablowej (ilości kilometrów kabla OTK, jaki na danej linii zaoferowało wykonać konsorcjum Nokia).

Pismem z dnia 18 października 2017 r. zamawiający powiadomił o odtajnieniu części oferty konsorcjum NOKIA zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa”, tj.

a.część oferty odwołującego - w zakresie treści Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO) z wyłączeniem informacji dotyczących zestawienia Części Zamiennych,

b.część oferty konsorcjum Nokia:

- w zakresie treści Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO) z wyłączeniem informacji dotyczących nazwy planowanych lokalizacji OR

- informacji zawartych w załączniku nr 7 do oferty - Podział linii kolejowych na Etapy

- informacji zawartych w załączniku nr 8 do oferty - Lista planowanych lokalizacji OR z

wyłączeniem informacji dotyczących położenia, nazwy i współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR

- informacji zawartych w załączniku nr 9 do oferty - lista lokalizacji FDS

- informacji zawartych w załączniku nr 10 do oferty - lista lokalizacji OSZ.

W dniu 18 października 2017 r. wykonawcy odebrali odtajnione dokumenty z ofert konkurentów.

Odwołujący pismem z 19 października 2017 r. cofnął odwołanie, wobec czego KIO postanowieniem z dnia 19 października 2017 r. wydanym w sprawie sygn. akt: KIO 2102/17 umorzyła postępowanie odwoławcze.

Pismem z dnia 25 października 2017 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty konsorcjum Nokia na Część I zamówienia.

Okoliczność niekwestionowaną stanowiło, że odwołujący skarżył postanowienia SIWZ m.in.

w zakresie obowiązku wskazania dokładnych lokalizacji OR, argumentując, że ujawnienie w ofercie konkretnych lokalizacji mogłoby wskazywać na przyjęte przez wykonawcę rozwiązania techniczne, czyli na OTR (Opis Techniczny Rozwiązania). Z tych względów zamawiający dokonał modyfikacji, gdzie ograniczył swoje wymagania wyłącznie do podania liczby obiektów OR. Odwołujący podał w swojej ofercie tylko o liczbę obiektów, natomiast przystępując do oferty w załączniku nr 8 podał dokładne dane pozwalające jednoznacznie zidentyfikować nieruchomość, na której zaplanował OR (obiekty radiokomunikacyjne) i dane współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR.

Instalacja zważyła, co następuje.

Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał, że w wyniku zaniechania odtajnienia informacji dotyczących położenia, nazwy i współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR (obiektów radiokomunikacyjnych) w ofercie konsorcjum Nokia przez zamawiającego - z naruszeniem przepisów tej ustawy - został pozbawiony możliwości zweryfikowania tych danych i ewentualnego wyeliminowania oferty konkurenta z przetargu, w przypadku stwierdzenia jej niezgodności z treścią SIWZ - i uzyskania tą drogą zamówienia publicznego na swoją rzecz za wynagrodzeniem za zrealizowanie umowy.

Z treści pisma zamawiającego z dnia 18 października 2017 r. wynika, iż nie ujawnił on zawartych w załączniku nr 8 do oferty konsorcjum Nokia informacji dotyczących położenia,

nazwy i współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR (obiektów radiokomunikacyjnych), które zweryfikował i uznał, że posiadają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa konsorcjum Nokia.

Odwołujący ograniczył żądanie odwołania do odtajnienia w ofercie konkurenta w Załączniku nr 8 do oferty konsorcjum Nokia - Lista planowanych lokalizacji OR (stanowiącego załącznik do oferty - informacji dotyczących położenia, nazwy i

współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR i żądał udostępnienia go w tym zakresie - jako załącznika do protokołu postępowania.

Faktem jest, że zasada jawności, wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, potwierdzoną również w art. 96 ust. 3 Pzp stanowiącym, iż protokół postępowania jest jawny, a załączniki do niego udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia (...). Zasada jawności postępowania doznaje jednak ograniczeń w oparciu o przepis art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może ujawniać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm. - „Uznk”), jeżeli wykonawca w terminie składania ofert (...) zastrzegł, że nie

mogą być one udostępniane oraz wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje zaś art. 11 ust. 4 Uznk, zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej

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

Z przywołanej powyżej definicji legalnej pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika zatem, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), w przypadku kumulatywnego ziszczenia się następujących przesłanek:

a.informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy i posiada wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa (podmiotu gospodarczego), oraz

b.informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, oraz

c.podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

Niewątpliwie konsorcjum Nokia spełniło warunek zastrzeżenia przez wykonawcę (nie później niż w terminie składania ofert), które zawarte w ofercie informacje nie mogą być udostępniane, skoro w Formularzu oferty oznaczyło dokumenty, w tym Załącznik nr 8 - Lista planowanych lokalizacji OR, zawierający informacje dotyczące położenia, nazwy, oznaczeń geodezyjnych i współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR. Ponadto pismo z dnia 21 września 2017 r. wraz z Załącznikiem nr 4 do oferty konsorcjum Nokia - zawiera między innymi, uzasadnienie dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści Załącznika nr 8.

Zdaniem Izby, odwołujący świadomie, lub przypadkowo pominął postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które wyjaśniają charakter danych zamieszczonych w załączniku nr 8 do oferty przystępującego, pozwalających na ocenę - czy ich udostępnienie może naruszać tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie. Odwołujący w przeważający sposób swoją argumentację oparł na cytowaniu fragmentów orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, które pasowały do przedstawianych tez.

Postępowanie odwoławcze ma charakter kontrydiktoryjny, jednakże Izba na podstawie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp może dopuścić dowód nie wskazany przez stronę. Zdaniem Izby, całość dokumentacji przetargowej, którą każdorazowo zobowiązany jest złożyć zamawiający na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej stanowi materiał dowodowy sprawy, w granicach rzeczowej potrzeby rozpatrzenia zarzutów odwołania.

Z przywołanego wyżej materiału dowodowego sprawy, którego strony nie kwestionowały, ani nie wносиły o jego uzupełnienie wynika, że:

Po pierwsze, wykonawca miał samodzielnie wyszukać nieruchomości (lokalizacje), a następnie zaprojektować i wybudować odpowiednie obiekty infrastruktury, w tym OR (obiekty radiokomunikacyjne).

Po drugie, lokalizacje w, odniesieniu do których zamawiający dysponuje prawem do terenu, chociaż były zalecane, nie były obligatoryjne do wykorzystania.

Po trzecie, wykonawca będzie uprawniony zawrzeć z dysponentami/ właścicielami nieruchomości odpowiednie umowy w imieniu i na rzecz zamawiającego o ich udostępnieniu dla realizacji celu inwestycji publicznej, tj. obiektów radiokomunikacyjnych, oraz do ustalenia zasad użytkowania i odpłatności, za zgodą zamawiającego.

Zdaniem Izby, wykonawca na etapie złożenia oferty może mieć jedynie porozumienia wstępne z osobami dysponującymi prawem do terenu, i ich zgodę na udostępnienie w danym celu.

Wejście w posiadanie informacji dotyczących położenia, nazwy i współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR w ofercie przystępującego - pozwalających na ustalenie dokładnej lokalizacji obiektu - umożliwiłoby np. odwołującemu, lub innemu podmiotowi na dotarcie tą drogą do właściciela nieruchomości, zaoferowanie bardziej atrakcyjnych warunków jej wykorzystania na cele infrastruktury kolejowej i wycofania się przez te osoby z porozumień z przystępującym, w tym z wyrażenia zgody na dobrowolne udostępnienie.

Z powyższych względów zachowanie przez zamawiającego w poufności danych załącznika nr 8 do oferty przystępującego w zakresie informacji dotyczących położenia, nazwy i współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR, znajduje normatywne wsparcie w art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może ujawniać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Omawiana informacja ma bowiem charakter handlowy, dotyczy kontrahenta, z którym przystępujący nawiązał współpracę i zasad korzystania z cudzej nieruchomości oraz odpłatności z tego tytułu.

Bez wątpliwości informacje te posiadają dla przystępującego wartość gospodarczą, gdyż dla ich pozyskania musiał poczynić znaczne nakłady finansowe na wyszukanie odpowiednich nieruchomości, zakupienie dokumentacji

geodezyjnej, negocjacje warunków ewentualnej umowy z właścicielami i uzyskanie ich zgody na wykorzystanie danych nieruchomości. Łatwiejsze i szybsze jest pozyskanie prawa do terenu za zgodą dysponenta, niż korzystanie z procedur administracyjnych dla wyznaczenia decyzją miejsca lokalizacji inwestycji celu publicznego.

Zrozumiałe jest, że zarówno przystępujący, jak i zamawiający do czasu uzyskania ostatnich decyzji administracyjnych, zgód i pozwoleń oraz zawarcia umów z dysponentami terenu, chcieliby zachować te dane w poufności. Dlatego też Izba podzieliła stanowisko

zamawiającego oraz przystępującego, że informacje, których odwołujący się domaga, mają w tym aspekcie wartość handlową.

Argumentacja odwołującego, że z uwagi na uwarunkowania administracyjne - konieczność ubiegania się o pozwolenie budowlane na etapie realizacji umowy, i tak dojdzie do ujawnienia rzeczonych informacji, nie podlegała uwzględnieniu. Wybudowanie obiektu budowlanego, a takim niewątpliwie jest obiekt radiokomunikacyjny OR, wymaga uzyskania, co najmniej decyzji o pozwoleniu na budowę. Faktycznie w stosunku do nowych, zaplanowanych przez siebie lokalizacji, konsorcjum Nokia obowiązane będzie uzyskać pozwolenia na budowę oraz, w przypadku lokalizacji, dla których nie wydano planu zagospodarowania przestrzennego - decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, o czym przesądza przepis art. 50 ust. 1 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1073, dalej: „UPiZP”). Zgodnie zaś z art. 53 ust. 1 UPiZP o wszczęciu postępowania w sprawie wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego oraz o postanowieniach i decyzji kończącej postępowanie strony zawiadamia się w drodze obwieszczenia, a także w sposób zwyczajowo przyjęty w danej miejscowości. Inwestora oraz właścicieli i użytkowników wieczystych nieruchomości, na których będą lokalizowane inwestycje celu publicznego, zawiadamia się na piśmie, przy czym nie obejmuje to współrzędnych geograficznych posadowienia OR. W ocenie Izby, przynajmniej do czasu zawarcia prawnie wiążących umów z właścicielami nieruchomości każdy wykonawca miałby interes w tym, aby zachować ich tożsamość i położenie nieruchomości w tajemnicy, chociażby celem uniemożliwienia konkurencji ich „podkupienia,” lub jakiegokolwiek innego przeciwdziałania realizacji zamierzonych celów.

Całkowicie nietrafne, a przy tym niezrozumiałe było stanowisko odwołującego, w kontekście domagania się udostępnienia wszystkich informacji dotyczących położenia, nazwy i współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR (obiektów radiokomunikacyjnych) w ofercie przystępującego, z uwzględnieniem, że część z tych pozwoleń zostało już pozyskanych przez zamawiającego i dokumenty te wprost wskazują na planowane lokalizacje obiektów. Zatem dane te znane są każdemu wykonawcy uczestniczącemu w niniejszym przetargu i żądanie ich udostępnienia, Izba uznała za bezprzedmiotowe. Żądanie wskazuje na to, że odwołującemu głównie chodzi o pozyskanie wiedzy na temat współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR przez konsorcjum Nokia, a więc elementów Opisu Technicznego Rozwiązania - przyjętego przez konkurenta.

Nie można było pominąć, że dane te umożliwiają w ogólności realizację zamówienia, gdyż odpowiednie miejsca posadowienia obiektów radiokomunikacyjnych, (np. wież, kontenerów), warunkują przyjęcie schematów połączeń i rozwiązania techniczne dla zaprojektowanego sposobu radiokomunikacji i pokrycia odpowiedniego obszaru wymaganą w SIWZ łącznością.

Dokumentacja przetargowa potwierdza stanowisko zamawiającego, że projekt radiowy jest wykonywany w etapach - iteracyjnie z coraz większą dokładnością, obejmuje kolejno: 1) planowanie teoretyczne, 2) planowanie i weryfikację w terenie oraz 3) weryfikację empiryczną (pomiar). Pomiar można wykonać nawet, gdy obiekty docelowe nie są wykonane, ale przy uwzględnieniu dokładnego miejsca w danym terenie. Wykonanie dalszych etapów inkrementacyjnie - jest coraz bardziej kosztowne, tzn.: wzrasta koszt i precyzja projektu, która wiąże się z daną lokalizacją. Teoretyczne określenie lokalizacji ma charakter zgrubny, wymaga jeszcze dalszych prac. Wykonanie dalszych prac to niewątpliwie nakład ze strony projektanta.

Z treści załącznika nr 8 wynika, że przystępujący konsorcjum Nokia ma daleko zaawansowane te prace, ponieważ wskazał konkretne lokalizacje (współrzędne geograficzne), w ramach swojej oferty, co było dozwolone zapisami OPZ, jeżeli nawet nie wymagane obligatoryjnie. Precyzyjny projekt prowadzi do możliwości dokładniejszego obliczenia ceny i kosztów, eliminacji ryzyk na etapie realizacji, np.: z tytułu niedoszacowania lub błędów w doborze sprzętu. Dokładne planowanie prowadzi do wytypowania lokalizacji optymalnej - rozłożenia punktów lokalizacji radiowych, aby ta sieć funkcjonowała poprawnie i efektywnie ekonomicznie, co zapewni pokrycie radiowe na danym obszarze. Jest to zatem niewątpliwie know-how przystępującego.

Odwołujący natomiast kosztem przystępującego, chciałby wejść w posiadanie tych danych i uzyskać instrumenty, które znacząco ułatwiłyby mu sporządzenie szczegółowych projektów i zaoszczędziłyby kosztów – zważywszy, że czynność wyboru oferty przystępującego Nokia na Część I zamówienia została przez odwołującego

zaskarżona odwołaniem z dnia 4 listopada 2017 r., a oferta odwołującego jest drugą złożoną w tej części zamówienia (nie licząc oferty odrzuconej - konsorcjum: Beijing National Railway Reserch (Chiny), przy czym odwołujący ograniczył się do wskazania jedynie liczby lokalizacji OR, a nie oznaczył ich dokładnego położenia - z tych względów, nawet nie byłoby możliwe równe potraktowanie wykonawców, przy założeniu, że taki sam zakres dokumentów podlega ujawnieniu.

Zdaniem Izby, przystępujący dostatecznie wykazał w załączniku nr 4 do oferty i w piśmie z dnia 21 września 2017 r., oznaczenie rodzaju, nazwy informacji, strony w ofercie, podstawy zastrzeżenia tajemnicy, z uzasadnieniem jakie podjął działania organizacyjne w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Przy czym nie można było pominąć, że całe to postępowanie zamawiający na podstawie § 1 ust. 3 załącznika nr 1 do umowy

zastrzegł jako niezbędne dla utrzymania w tajemnicy wszelkich informacji, które wykonawca uzyska od zamawiającego w związku ze świadczeniem usług stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz tajemnicy w rozumieniu ustawy z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Nawet nie sposób sobie wyobrazić ze względów bezpieczeństwa, aby projekty wydzielonej i zabezpieczonej wewnętrznej sieci łączności na potrzeby Kolei, były znane, jakimkolwiek niepowołanym podmiotom.

Można wskazać za orzecznictwem SN (orzeczenie SN - Izba Cywilna z dnia 06.06.2003 r., sygn. akt: IV CKN 211/01; orzeczenie SN z dnia 03.10.2000 r., sygn. akt: I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 oraz orzeczenie SN z dnia 05.09.2001 r., sygn. akt: I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67), że informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca wyraża wolę jej zachowania jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy (np. pracownicy, współpracownicy). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Jednocześnie art. 11 ust. 4 Uznk uzależnia istnienie stanu tajemnicy od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te - jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu - powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym wpływem danych. Wybór informacji, które mają zostać objęte poufnością, należy do przedsiębiorcy, jednakże wybór ten, co do stanu tajemnicy, nie może być oderwany od możliwości podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania w poufności wybranych informacji. Wyrok SN z dnia 05.09.2001 r. sygn. akt: 1159/00 CKN (OSNC 2002, nr 5, poz. 67).

Uwzględniając powyższe oraz utrwalony w doktrynie pogląd, jednym z podstawowych elementów instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyrażona przez przedsiębiorcę wola zachowania w poufności określonych informacji. Wykonawca Nokia podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, które to działania doprowadziły do powstania warunków stwarzających bardzo duże prawdopodobieństwo, że wskazane informacje pozostaną nieujawnione, gdyż wykonawca stosuje następujące zasady ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, tj:

- klausule poufności w umowach handlowych

- ma wdrożoną politykę bezpieczeństwa informacji w ramach korporacji międzynarodowej, do której należą podmioty tworzące konsorcjum Nokia (w tym klausule poufności w umowach z podmiotami współpracującymi).

Wskazany dokument załącznika nr 8, złożony w ramach oferty konsorcjum Nokia, został przez wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu Uznk, ponieważ zawiera istotne, posiadające niezaprzeczalną wartość gospodarczą dane o charakterze technicznym, handlowym, ekonomicznym i organizacyjnym przedsiębiorstwa tego wykonawcy, których poufność ma duże znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności konsorcjum Nokia. Są to informacje na które składają się doświadczenie, wiedza techniczna i technologiczna oraz inne wiadomości niezbędne do prowadzenia przedsiębiorstwa, a w szczególności do konkurencyjności na rynku danej branży, zdobyte dzięki wieloletniemu doświadczeniu rynkowemu oraz wykwalifikowanemu personelowi.

Powyższe odnosi się szczególnie do utajnionych przez przystępującego konsorcjum Nokia położenia OR (współrzędnych geograficznych), które w sposób immanentny są wpisane w treść dokumentu Opis Techniczny Rozwiązania, które to opracowanie zostało zastrzeżone zarówno przez przystępującego, jak i odwołującego, a zamawiający to zastrzeżenie honorował - jako zasadne. Zamawiający przy podjęciu kwestionowanej decyzji prawidłowo uwzględnił, że przystępujący musiał dokonać nakładów czasowych i finansowych, co dowodzi wartości gospodarczej tych informacji. W celu sporządzenia załącznika nr 8 przystępujący musiał uzyskać specjalistyczne mapy, narzędzia planistyczne, czy oprogramowania. Musiał w ten proces angażować osoby o specjalnych wiadomościach i doświadczeniu nabytym przy realizacji innych zamówień. Ponadto, żeby przedstawić te dokładne lokalizacje wykonawca dokonywał wizji lokalnych w terenie. Prowadzi to do logicznych wniosków, że nakład

czasowo-finansowy spowodował wytworzenie - można rzec półproduktu przez przystępującego Nokia w postaci konkretnych lokalizacji OR, nawet nadający się do odsprzedaży innemu podmiotowi zainteresowanemu jego nabyciem lub stanowiący cenną wiedzę, która w przypadku ich ujawnienia mogłaby zostać bezkosztowo wykorzystana dla konkurencyjnych przedsięwzięć.

Informacje wskazane w ww. dokumentach załącznika nr 8 zostały prawidłowo zastrzeżone przez przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Fakt zaoferowania zamawiającemu przedmiotu zamówienia spełniającego wszystkie wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest wynikiem posiadania przez wykonawcę odpowiedniego doświadczenia, kontaktów biznesowych i stosownie wykwalifikowanego personelu. Zaoferowane zamawiającemu rozwiązanie techniczne jest wynikiem pracy i myśli jego pracowników, posiadających odpowiednią wiedzę techniczną i technologiczną, doświadczenie i mających odpowiednie rozeznanie rynku. Wskazane elementy składają się

na możliwość złożenia prawidłowej oferty w przedmiotowy postępowaniu, a następnie zrealizowania zamówienia. Zamawiający pozostawił bowiem wykonawcom, jako profesjonalistom, określenie i skompilowanie odpowiednich elementów, składających się na przedmiot zamówienia o parametrach żądanych przez zamawiającego. Zaproponowane rozwiązanie stanowi know-how wykonawcy, dzięki któremu może skutecznie działać na bardzo konkurencyjnym rynku, jak wynika chociażby z około 20 odwołań, które zostały wniesione w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, które toczy się od 2015 r. i ilości 8 konsorcjów, które złożyły wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu.

Powyższe zostało, m.in. potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1615/11 cyt.: *"[...] wykonawca musi stworzyć system, a dostarczony sprzęt i jego konfiguracja może przesądzać o jego kształcie. W takim wypadku, chociaż sprzęt i licencje mogą być standardowe, ich zestawienie (wykaz z oferty Przystępującego) może wskazywać na konkretne rozwiązania, szczególnie wybór danego wykonawcy co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Już samo porównanie wykazu sprzętu i licencji z oferty Odwołującego i Przystępującego pozwala wysnuć przypuszczenie, że zaproponowali oni inne rozwiązania systemowe. W tym przypadku dokument zawierający wykaz sprzętu i licencji zasługuje na ochronę jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa."*

Dane zamieszczone w skutecznie zastrzeżonej części oferty konsorcjum Nokia stanowią znaczącą wartość gospodarczą. Zastosowane środki odpowiadają wartości biznesowej i potencjałowi szkody dla działalności biznesowej, która mogłaby być wynikiem ujawnienia zastrzeżonych danych. Ujawnione dane nie są udostępniane do wiadomości publicznej i jako całość nie są znane ogółowi, są one tajemnicą dostępną jedynie dla oznaczonego kręgu podmiotów i osób, wola zachowania ich w poufności jest dla innych osób jest rozpoznawalna i zabezpieczona odpowiednimi mechanizmami organizacyjnymi. Żaden inny podmiot nie ma możliwości dostępu do ich treści w zwykły sposób. W tym miejscu należy przywołać wyrok SN z dnia 28.02.2007 r. (sygn. akt: V CSK 444/06), zgodnie z którym: *"tajemnicą przedsiębiorstwa (na podstawie UZNK) są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów projektu są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności."* Jednocześnie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 05.06.2006 r., sygn. akt: V Ca 440/06, stwierdzono, iż: *"dane dotyczące prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności handlowej, w tym zawarte z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy (stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu) mogą przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 4 UZNK stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa."*

Wykonawca Nokia dochował należytej staranności i podjął prawidłowo niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji, których jawność zastrzegł w załączniku nr 4 do oferty. Tym samym spełnił przesłanki wykazane w art. 11 ust. 4 Uznk. Uzasadnienie zastrzeżenia w załączniku nr 4 odpowiada na pytania zamawiającego, wyznaczone w Formularzu ofertowym:

- 1) czy zastrzeżone informacje zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
- 2) jakie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne, które wykonawca uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa zawarte są w zastrzeżonych informacjach,
- 3) czy i ewentualnie jaką wartość gospodarczą posiadają powyższe informacje,
- 4) jakie niezbędne działania zostały przez wykonawcę podjęte w celu zachowania poufności danych objętych tymi informacjami.

Z dopuszczonego przez Izbę dowodu, tj. uzasadnienia przedstawionego przez odwołującego konsorcjum

Kapsch zastrzeżenia tajemnicy dokumentów złożonych w jego ofercie, wynika że uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego i przystępującego, biorąc pod uwagę ich treść, są na porównywalnym poziomie argumentacji i szczegółowości. Każdy z wykonawców poprzestał na składanych deklaracjach, bez przedstawienia dowodów w zakresie podjętych środków zapobiegających ujawnianiu chronionych danych.

Nie tracąc z pola widzenia generalnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że prawidłowo dokonał on oceny w odniesieniu do informacji, których poufność przystępujący zastrzegł, tj.: współrzędnych geograficznych planowanych lokalizacji OR (obiektów radiokomunikacyjnych) i samych lokalizacji obiektów oraz że nastąpiło kumulatywne ziszczenie się przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 Uznk oraz w art. 8 ust. 3 Pzp, a następnie zamawiający prawidłowo podjął decyzję o nieodtajnieniu tych informacji zawartych w ofercie konsorcjum Nokia. Postępowanie dowodowe wykazało, że zamawiający poprawnie zbadał i ustalił faktyczne przesłanki objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku sporu oraz w oparciu o § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, z 2017 r. poz. 47), z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący:

.....