Sygn. akt KIO 367/19

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Ernest Klauziński

Daniel Konicz
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca i 1 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2019 r. przez wykonawcę **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**
przy udziale wykonawcy **Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

#x200e2 . Kosztami postępowania obciąża odwołującego **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa**
i:

2.1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2)zasądza od wykonawcy **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018) 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:……

#x200e ……
……

Sygn. akt KIO 367/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40 – 017 Katowice, wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi ekspresowej S1 (dawniej S69) BielskoBiałaŻywiecZwardoń, odcinek PrzybędzaMilówka (obejście Węgierskiej Górki)"«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14.08.2018 r.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 19.02.2019 r. o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez odwołującego.

Wykonawca TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Annopol 22, 03236 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 1.03.2019 r. do Prezesa KIO odwołanie od:

1)niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności odtajnienia informacji i dokumentów zawartych w:
a)piśmie odwołującego z 9.11.2018 r., znak pisma TPF/2018/SR/450/172/817 wraz z załącznikami
b)piśmie odwołującego złożonym 8.01.2019 r., znak pisma TPF/2019/SR/472/172/8 wraz z załącznikami
– pomimo że informacje zawarte w ww. dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zostały skutecznie zastrzeżone przez odwołującego jednocześnie ze złożeniem ww. dokumentów;

2)prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez odtajnienie informacji i dokumentów wskazanych w pkt 1.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, przez odtajnienie informacji i dokumentów zawartych w:
a)piśmie odwołującego z 9.11.2018 r., znak pisma TPF/2018/SR/450/172/817 wraz z załącznikami
b)piśmie odwołującego złożonym 8.01.2019 r., znak pisma TPF/2019/SR/472/172/8 wraz z załącznikami
– pomimo że informacje zawarte w ww. dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zostały skutecznie zastrzeżone przez odwołującego jednocześnie ze złożeniem ww. dokumentów, co skutkuje prowadzeniem postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
unieważnienia czynności zamawiającego z 19.02.2019 r., polegającej na odtajnieniu informacji i dokumentów zawartych w:
a)piśmie odwołującego z 9.11.2018 r., znak pisma TPF/2018/SR/450/172/817 wraz z załącznikami,
b)piśmie odwołującego złożonym 8.01.2019 r., znak pisma TPF/2019/SR/472/172/8 wraz z załącznikami.

Argumentacja odwołującego

Interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy Pzp. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnej czynności zamawiającego odwołujący może zostać pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Ujawnienie przez zamawiającego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa może skutkować poniesieniem szkody przez odwołującego.

Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu.

Formalne przesłanki wniesienia odwołania. Odwołujący został poinformowany o czynności zamawiającego 19.12.2019 r., a zatem odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10dniowego terminu przewidzianego w ustawie Pzp. Odwołujący przekazał kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania – dowód w załączeniu.

Zamawiający 19.02.2019 r. przesłał odwołującemu pismo, w którym poinformował, że odtajnił informacje i dokumenty zawarte w:

a)piśmie odwołującego z 9.11.2018 r., znak pisma TPF/2018/SR/450/172/817 wraz z załącznikami (dalej jako – I Wyjaśnienia RNC)

b)piśmie odwołującego złożonym w 8.01.2019 r., znak pisma TPF/2019/SR/472/172/8 wraz z załącznikami (dalej jako – II Wyjaśnienia RNC)

– dalej łącznie jako – Wyjaśnienia RNC.

Bezsporne pomiędzy stronami jest, że odwołujący załączył do obu ww. pism „Uzasadnienie objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa". Tym samym przesłanka formalna zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa została ziszczona. Przedmiotem sporu jest zatem ocena przedmiotowego uzasadnienia, tj. ocena czy odwołujący wykazał w przedmiotowym uzasadnieniu ziszczenie się 3 ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazuje, że przedmiotowe uzasadnienie zawarte w obu pismach odpowiednio na stronach:

a)pismo odwołującego z 9.11.2018 r. – strony 3641

b)pismo odwołującego złożone 8.01.2019 r. – strony 13-17

– nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie było wolą odwołującego, aby przedmiotowe uzasadnienie zostało objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a jedynie odwołujący nieprawidłowo nie zaznaczył w ww. pismach, że ta część pism nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający w piśmie z 19.02.2019 r. w sposób obszerny cytuje fragmenty złożonych wyjaśnień RNC w części, w której stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego i zostały skutecznie zastrzeżone.

Do czasu wydania orzeczenia przez Krajową Izbę OdwoławcząWyjaśnienia RNC korzystają z ochrony wynikającej z tego skutecznego zastrzeżenia, a zatem nie mogą być udostępniane osobom trzecim. Tym samym także pismo zamawiającego z 19.02.2019 r., aż do czasu rozpatrzenia odwołania nie może być udostępniane uczestnikom postępowania odwoławczego ani uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazuje, że tylko kopia odwołania może być udostępniania uczestnikom postepowania odwoławczego oraz uczestnikom postepowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 1.03.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 4.03.2019 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

07.03.2019 r. wykonawca Multiconsult Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17, 00203 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 18.03.2019 r. (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego: Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić – jako dowód – dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez zamawiającego:

1)(1a) pismo z 17.04.2018 r. oraz pismo z 9.02.2018 r. GDDKiA oddział w Łodzi do odwołującego o udostępnieniu do wiadomości osób trzecich niewłaściwie zastrzeżonych pism odwołującego oraz (1b) pismo z 17.12.2018 r. GDDKiA oddział w Lublinie do odwołującego o odtajnieniu dokumentów odwołującego ze względu na niewłaściwe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez odwołującego

2)oferty najmu budynków z Internetu

3)materiały eksploatacyjne – ceny z ofert zamieszczonych w Internecie

4)informacje o dronie i kosztach z Internetu

5)informacje o szkoleniu w zakresie obsługi dronów i kosztach z Internetu

6)koszty leasingu na samochody – oferta z Internetu

7)oferta na nadzór w zakresie tuneli

– w celu wykazania, że informacje są łatwe do uzyskania w Internecie bądź zostały ujawnione przez odwołującego w innych sytuacjach.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2

i ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, przez odtajnienie informacji i dokumentów zawartych w:

1)piśmie odwołującego z 9.11.2018 r. wraz z załącznikami

2)piśmie odwołującego z 8.01.2019 r. wraz z załącznikami

– pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zostały skutecznie zastrzeżone przez odwołującego jednocześnie ze złożeniem tych dokumentów, co skutkuje prowadzeniem postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w pismach odwołującego z 9.11.2018 r. (wraz z załącznikami) i 8.01.2019 r. (wraz z załącznikami). Nie jest kwestią sporną, że odwołujący dochował formalnego wymagania zawartego w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp dla objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, czyli odwołujący zastrzegł w odpowiednim terminie, że wskazane fragmenty tych pism zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa i fragmenty tych pism nie mogą być udostępniane, gdyż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp brzmi »Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa«.

Nie ulega kwestii, że w praktyce zamówień publicznych przepis art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp stosuje się na zasadzie analogii do wszystkich dokumentów, które zostają złożone zamawiającemu w trakcie postępowania zamówieniowego, jeżeli składający taki dokument najpóźniej wraz ze złożeniem dokumentu zastrzeże, że informacje tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i wykaże to, zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419, 1637) [dalej »uznk«]. Przepis art. 11 ust. 2 uznk brzmi »Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności«.

Ponadto Izba stwierdza, że rozpoznając sprawę musiała wziąć pod uwagę zasadę udzielania zamówień publicznych zawartą w art. 8 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne«. Natomiast przepis art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania zamówieniowego i jako wyjątek nie może być interpretowany rozszerzająco, a przeciwnie – bardzo ściśle i wątpliwości powinny być tłumaczone z najszerszym zachowaniem zasady jawności. Art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp brzmi »Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu«.

Oprócz wyjątkowości możliwości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w stosunku do zasady jawności postępowania zamówieniowego, również istotna jest kwestia subiektywizmu zamawiającego (także składów orzekających KIO czy sądów okręgowych) przy ocenie właściwego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżonych kwestii przez wykonawcę. Subiektywizm ten jest wprowadzany do postępowania zamówieniowego zwłaszcza przez jest przez nieostre wyrażenia »wykonawca […] wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa« [art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp] czy »zachowanie należytej staranności« [art. 11 ust. 2 uznk]. Dlatego wykonawca obejmując wybrane kwestie tajemnicą przedsiębiorstwa musi brać pod uwagę ryzyko pominięcia argumentów wykonawcy dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i ujawnienia zastrzeżonych obszarów, co nie będzie mogło być w żaden sposób naprawione – inaczej niż w przypadku wielu innych czynności zamawiającego np. niewłaściwej oceny ofert, która to czynność oceny ofert może być powtórzona przez zamawiającego bez popełnienia błędów. Dlatego tym bardziej wykonawcy powinni rzeczywiście wyjątkowo obejmować informacje zastrzeżeniem i czynić to z należytą starannością, aby nie narazić się na ryzyko upublicznienia informacji, które wykonawcy zamierzają chronić przed ujawnieniem.

Izba także stwierdza, że w ramach należytej staranności zastrzegania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca musi dołożyć staranności, aby zbędnie nie szafować zastrzeżeniami, ale by używać zastrzeżeń z rozwagą i rzetelne, aby nie narazić na szwank swojej wiarygodności. Wszystkie te niedociągnięcia ze strony wykonawcy mogą spowodować ujawnienie zastrzeżonych informacji, nawet mimo podstawnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych informacji.

Ponadto Izba zauważa, że należy zawsze wziąć pod uwagę, że przepis art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp wymaga aby cyt. »wykonawca […] wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa«, a nie tylko aby wykonawca wskazał na miejsca w dokumentach, które wg wykonawcy nie powinny być ujawnione dla podmiotów postronnych.

Izba stwierdza, że odwołujący – mimo wskazania na wiele fragmentów dokumentów z 9.11. 2018 r. i 8.01.2019 r., że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – nie wykazał, że zastrzeżone informacje, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób […], ponieważ – jak Izba stwierdza w dalszej części uzasadnienia – prawie wszystko zostało już wcześniej upublicznione. Zamawiający dowiódł niewłaściwego prawie każdego zastrzeżenia tajemnicy przez odwołującego w dowodach 17, które zamawiający złożył na rozprawie. W związku z tym zamawiający wskazał na elementy kwestionowanych pism odwołującego, które nie zasługują na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa i udowodnił to, a w pozostałym zakresie zamawiający uwzględnił zastrzeżenie i nie odtajnia tych fragmentów.

W dowodzie nr 1a (pisma zamawiającego oddział w Łodzi z 17.04.2018 r. oraz z 9.02.2018 r. informujące o niewłaściwym zastrzeżeniu przez odwołującego tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu tych informacji). Zamawiający odtajnił na tej podstawie kartę struktury projektu i metodologię realizacji projektu oraz w związku z tym odwołujący nie może obecnie zastrzegać tych elementów oferty, gdyż już raz informacje tam zawarte zostały udostępnione do wiadomości osób trzecich. Dotyczy to w szczególności str. 36 wyjaśnień z 9.11.2018 r., gdzie została przedstawiona metodologia wykonania zamówienia przez odwołującego.

Odnośnie do str. 6 wyjaśnień z 9.11.2018 r. zamawiający nie zgłosił uwag do właściwego zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa przez odwołującego i wobec tego zamawiający jest obowiązany zapewnić utrzymanie zawartych tam informacji we właściwej tajemnicy.

Odwołujący nie wykazał wartości gospodarczej kalkulacji wynajmu pomieszczeń.
W związku z tym zawarte informacje dotyczące wynajmu nieruchomości nie mogą zostać uznane jako właściwie zastrzeżone i dlatego Izba musi stwierdzić, że informacje te podlegają odtajnieniu.

Odnośnie do str. 1320 wyjaśnień z 9.11.2018 r. strony te nie zostały zastrzeżone i jako takie są jawne.

Odnośnie do str. 21, 23 i 24 wyjaśnień z 9.11.2018 r. odwołujący wskazał na str. 16 i 17 dowodu 1a jak można optymalizować lub minimalizować koszty personelu biurowego (»5. Personel biurowy i pomocniczy – koszty poz. 1.5 i 1.6«) i w związku z wcześniejszym upublicznieniem tych informacji zamawiający nie może utrzymywać w tajemnicy już raz odtajnionych informacji.

Podobnie zostały już odtajnione informacje dotyczące kosztów materiałów biurowych
i kosztów eksploatacji urządzeń powielających zawarte na str. 26 materiałów obecnie zastrzeganych i na str. 20 odtajnionych wyjaśnień z dowodu 1a. Ponadto na str. 21 tych odtajnionych wyjaśnień z dowodu nr 1a odwołujący pokazał optymalizację kosztów tworzenia stron internetowych i utrzymania serwera. Dlatego odnośnie do str. 21 wyjaśnień z 9.11.2018 r. [3) strona internetowa (projekt, realizacja, utrzymanie, aktualizacja)] zamawiający nie może utrzymać zastrzeżonego fragmentu akapitu w tajemnicy, gdyż ta sama treść została już ujawniona na co wskazuje str. 21 dowodu 1a.

Również w zakresie informacji dotyczących „Rozwoju klastra…" (str. 32 i 33 materiału zastrzeżonego) informacje te zostały odtajnione zgodnie ze str. 20 i 21 dowodu 1b.

Odnośnie do „Harmonogramu Pracy Personelu Kierowniczego" (HPPK) dane tam zawarte znalazły się w wykazach tabelarycznych za odpowiednie lata w dowodzie 1a. Należy też zauważyć, że jest to jednak dokument wstępny, który po zawarciu umowy będzie jawny dla osób postronnych.

Ponadto informacje o możliwości wynajęcia nieruchomości za ceny nominalne wskazane w ogłoszeniach zostały przedstawione przez zamawiającego w dowodzie nr 2 (oferty z Internetu dotyczące najmu budynków) i to za ceny konkurencyjne w stosunku do zastrzeżonych przez odwołującego, a więc i te fragmenty pism odwołującego nie mogą korzystać z wyjątkowej możliwości utajnienia.

Także zamawiający przedstawił informacje z Internetu dotyczące kosztów biurowych materiałów eksploatacyjnych w dowodzie nr 3 (materiały eksploatacyjne – ceny z ofert zamieszczonych w Internecie), co nie pozwala zamawiającemu utrzymać w tajemnicy zastrzeżonych danych przez odwołującego, gdyż są to dane w zasadzie powszechnie wiadome i znane.

Oprócz tego zamawiający przedstawił jako dowód nr 4 i nr 5 ogólnodostępne z Internetu informacje o dronach i o baterii do dronu oraz o szkoleniu dla osób obsługujących drony, co zmusza zamawiającego do ujawnienia podobnych danych zastrzeżonych przez odwołującego, jako zastrzeżonych nieskutecznie.

Podobnie zamawiający nie może uchylić się od udostępnienia zainteresowanym zał. nr 9 do wyjaśnień z 9.11.2018 r., gdyż zamawiający przedstawił dowód nr 6, gdzie jest okazane, że na rynku istnieją podobne oferty leasingowe, do tych które przedstawił odwołujący w zał. nr 9 do wyjaśnień z 9.11.2018 r.

Wreszcie dowód nr 7 – pismo stanowiące ofertę na pełnienie nadzoru w zakresie budowy tuneli zamieszczone w Internecie przez odwołującego – pokazuje, że dla osób związanych z zagadnieniem nie będzie trudności w dotarciu do informacji, które w zał. nr 17 do wyjaśnień z 9.11.2018 r. odwołujący starał się pozostawić jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba również musi wziąć pod uwagę, że odwołujący wykazywał obawy przed tzw. »podkupowaniem pracowników«, jednak nigdzie odwołujący nie wykazał, że w dotychczasowej praktyce odwołującego takie fakty miały miejsce lub że odwołujący mógłby być podatny na takie »podkupowania«, na przykład ze względu na zmianę lokalizacji firmy czy niezbyt konkurencyjny poziom płac. Natomiast odwołujący pomija fakt, że dane wielu pracowników – ze względu na procedury budowlane – muszą być jawne.

Z zał. nr 13 i 14 do wyjaśnień z 9.11.2018 r. (HPPK i kosztorys) nie można wywieść poziomu zarobków, co uważał za tajemnicę przedsiębiorstwa odwołujący, ale także odwołujący tego nie udowodnił, w związku z tym również dokumenty te nie mogą korzystać
z instytucji tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba również musi stwierdzić, że odwołujący nie przedstawił wewnętrznych uregulowań, z których by wynikało, jak odwołujący chroni u siebie w przedsiębiorstwie zagadnienia tajemnicy. Także odwołujący nie przedstawił umów z pracownikami (nawet przykładowo), gdzie byłyby wskazane klauzule poufności.

Informacje zastrzeżone jako autorskie sposoby optymalizacji ceny ofertowej to tylko wykazanie jak odwołujący stosuje się do wykonania zaleceń zawartych w SIWZ. Dlatego
i tego argumentu za utajnieniem niektórych informacji Izba nie może uwzględnić.

Odwołujący wskazał na rozprawie, że zamawiający nie powinien rozszerzać argumentacji zawartej w pierwotnej informacji zamawiającego o odtajnieniu dokumentów. Odwołujący powołał się przy tym na art. 192 ust. 7 i art. 190 ust. 1 Pzp. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że przepis art. 192 ust. 7 Pzp brzmi »Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu«. Jest to więc przepis skierowany na uniemożliwienie zmian w treści odwołania, ale nie dotyczy uniemożliwienia zmian lub rozszerzenia argumentacji zamawiającego dotyczących obrony swojego stanowiska, aż do momentu zamknięcia rozprawy, co wynika z art. 190 ust. 1 Pzp, który brzmi »Strony
i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy«. Dlatego Izba nie może uwzględnić zastrzeżenia odwołującego o braku prawa do rozszerzania, a nawet zmiany argumentowania swojego stanowiska, szczególnie przez zamawiającego, aż do zamknięcia rozprawy.

W związku z przytoczonymi faktami Izba nie może uwzględnić odwołania i stwierdzić naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp i dlatego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku

postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……

#x200e ……

……