

WYROK
z dnia 26 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie **Mostostal Warszawa S.A w Warszawie** oraz **Acciona Infraestructuras S.A w Alcobendas, Hiszpania**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Instal Warszawa S.A w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa:**
 - a) **informacji znajdujących się w ofercie wykonawcy Instal Warszawa S.A w Warszawie w zakresie wykazu osób, wykazu robót budowlanych, informacji i dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, który udostępnia Instal Warszawa S.A swe zasoby celem wykazania warunku wiedzy i doświadczenia,**
 - b) **wyjaśnień wykonawcy Instal Warszawa S.A w Warszawie w sprawie elementów oferty mających wpływ na wysokość oferty.**
2. kosztami postępowania obciąża **Instal Warszawa S.A w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie **Mostostal Warszawa S.A w Warszawie** oraz **Acciona Infraestructuras S.A w Alcobendas, Hiszpania** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Instal Warszawa S.A w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie **Mostostal Warszawa S.A w Warszawie** oraz **Acciona Infraestructuras S.A w Alcobendas, Hiszpania** kwotę **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.3. zasądza od **Instal Warszawa S.A w Warszawie** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A z siedzibą w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z wynagrodzenia 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „modernizacja Zakładu Północnego – etap II. Modernizacja pompowni I i III stopnia”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2016 r., nr 2016/S 074-130007.

1 września 2016 r. zamawiający odmówił wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie oraz Acciona Infraestructuras S.A. w Alcobendas, Hiszpania, zwanym dalej „odwołującym”, udostępnienia części oferty oraz wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Instal Warszawa S.A. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na odtajnieniu części oferty przystępującego oraz wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę odwołujący wniósł 12 września 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) art. 8 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie ujawnienia następujących dokumentów wchodzących w skład oferty złożonej przez przystępującego:
 - wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (dalej: „wykaz osób”),
 - wykazu wykonanych przez wykonawcę robót budowlanych (dalej: „wykaz robót”), w zakresie pozycji nr 2 wraz z dokumentami potwierdzającymi jej należyte wykonanie;
 - informacji i dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, który udostępnia przystępującemu swoje zasoby;
- 2) art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. 2003 r. nr 153 poz. 1503 ze zm. - dalej: „uznk”) przez uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa dokumentów, o których mowa w pkt 1, pomimo że utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 3) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa dokumentów, o których mowa w pkt 1 powyżej, zawartych w ofercie przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk,

3

4) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień przystępującego w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, iż zastrzeżone w tych wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonej części oferty przystępującego oraz odtajnienia wyjaśnień przystępującego w sprawie rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że 23 sierpnia 2016 r. wniósł o udostępnienie do wglądu wskazanych wyżej informacji. Zamawiający powiadomił odwołującego o możliwości wglądu do dokumentacji w dniu 1 września 2016 r. W toku czynności udostępnienia oferty okazało się, że istotna część informacji została przez przystępującego zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający odmówił udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych części tej oferty. Odmową udostępnienia objęto zastrzeżone przez przystępującego następujące dokumenty:

- 1) wykaz osób,
- 2) wykaz robót - w zakresie pozycji nr 2 wraz z dokumentami potwierdzającymi jej należyte wykonanie,
- 3) informacje i dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego, który udostępnia przystępującemu swoje zasoby.

Odwołujący wywiódł, że tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 uznk. Zgodnie z tym 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. 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 określonymi w uchwale z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05.

W odniesieniu do zastrzeżonego wykazu osób odwołujący wskazał, że brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w konkretnym (danym) postępowaniu. Dana informacja powinna być chroniona w sposób permanentny, a nie incydentalnie. Okolicznością dyskwalifikującą zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest również fakt znajomości danej informacji przez osoby trzecie. Zamawiający, w pkt. 1.4 SIWZ, dla ekspertów nr 5, 7, 8, 10 i 11 wymagał doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót oraz posiadania stosownych uprawnień budowlanych, co w konsekwencji oznacza, iż przystępujący winien wykazać, że osoby wskazane w wykazie osób były uczestnikami

4

procesu budowlanego oraz posiadają uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Jak stanowi bowiem art. 17 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 290 - dalej: „Pr. Bud.”) uczestnikami procesu budowlanego, w rozumieniu tej ustawy, są kierownik budowy lub kierownik robót. Z kolei, zgodnie z art. 12 ust. 1 Pr. Bud., projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i sprawowanie nadzoru autorskiego, kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi, kierowanie wytwarzaniem konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz nadzór i kontrolę techniczną wytwarzania tych elementów, wykonywanie nadzoru inwestorskiego oraz kontroli technicznej utrzymania obiektów budowlanych stanowi samodzielną funkcję techniczną w budownictwie. Samodzielne funkcje techniczne w budownictwie mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją, zwaną dalej „uprawnieniami budowlanymi”, wydaną przez organ samorządu zawodowego. Publiczny charakter procesu inwestycyjnego wynikający z przepisów Pr. Bud powoduje, iż informacje o wykonywaniu przez daną osobę funkcji kierownika budowy bądź kierownika robót są powszechnie dostępne dla każdego zainteresowanego, a nawet więcej - podlegają obowiązkowemu upublicznieniu. Zgodnie bowiem z art. 42 ust. 2 Pr. Bud., na kierownika budowy (i kierownika robót) został nałożony obowiązek umieszczenia na budowie - w widocznym miejscu - tablicy informacyjnej. Zakres informacji wymagany wskazaną tablicą informacyjną, doprecyzowany został w § 13 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (Dz.U. z 2002 r. nr 108, poz. 953 ze zm.). Zamieszczana na terenie budowy tablica zawierać ma m.in. określenie rodzaju robót budowlanych, imiona, nazwiska, adresy i numery telefonów: kierownika budowy, kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego, projektantów.

Dodatkowo odwołujący podniósł, zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (Dz.U. z 2002 r. nr 108, poz. 953 ze zm.) na pierwszej stronie dziennika budowy inwestor zamieszcza imię i nazwisko lub nazwę (firmę) wykonawcy lub wykonawców oraz osób sprawujących kierownictwo budowy i robót budowlanych, nadzór autorski i inwestorski, podając ich specjalności i numery uprawnień budowlanych, a osoby te potwierdzają podpisem i datą przyjęcie powierzonych im obowiązków. Z kolei na podstawie § 6 ust. 4 tego rozporządzenia, jeżeli w trakcie wykonywania robót budowlanych następuje zmiana kierownika budowy, kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego lub projektanta sprawującego nadzór autorski, w dzienniku budowy dokonuje się wpisu

5

określającego stan zaawansowania i zabezpieczenia przekazywanej budowy, rozbiórki lub montażu. Wpis ten potwierdza się datą i podpisami osoby przekazującej i przejmującej obowiązki. Na podstawie art. 45 ust. 1 Pr. Bud. dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku

wykonywania robót. Tym samym, jako taki, co do zasady nie może być utajniony, co oznacza, iż dane w nim zawarte nie są tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego zamawiający niezasadnie utajnił też informacje na temat uprawnień do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w stosunku do osób wykazanych w wykazie osób. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 23 października 2014 r. w sprawie wzorów i sposobu prowadzenia w formie elektronicznej centralnych rejestrów osób posiadających uprawnienia budowlane oraz ukaranych z tytułu odpowiedzialności zawodowej w budownictwie (Dz. U. z 2014 r., poz. 1513) zapewnia możliwość dostępu do tychże zbiorów. Skoro informacje te podawane muszą być do wiadomości publicznej, to jawne dane na temat kadry kierowniczej, w procesie budowlanym nie mogą, tym samym, stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

W kwestii zastrzeżenia informacji dotyczących eksperta nr 1, tj. przedstawiciela wykonawcy odwołujący argumentował, że osoba dedykowana do pełnienia wskazanej funkcji winna posiadać co najmniej 24-miesięczne doświadczenie w zarządzaniu kontraktami realizowanymi w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne. W praktyce Polski i innych Państw Członkowskich Unii Europejskiej warunki kontraktowe FIDIC są powszechnie wykorzystywane głównie przez podmioty publiczne przy zawieraniu kontraktów budowlanych, w tym zwłaszcza dotyczących przedsięwzięć infrastrukturalnych. W konsekwencji oznacza to, że dane osoby pełniące funkcję zarządzającego kontraktem zawartym na warunkach kontraktowych FIDIC, realizowanego dla inwestora publicznego mogły być uprzednio ujawnione do wiadomości publicznej. Przystępujący nie uprawdopodobnił, by zaistniały szczególne warunki do zastrzeżenia danych eksperta nr 1 i nie wyjaśnił, by dane te nie były już wcześniej ujawniane, ani też nie wskazał, jakie niezbędne działania w celu zachowania ich poufności podjął, co w świetle art. 11 ust. 4 uznk stanowi niezbędny warunek uznania informacji za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazywał, iż dane osoby, która będzie pełnić funkcję przedstawiciela wykonawcy, zostaną ujawnione w umowie o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem odwołującego zamawiający niezasadnie odmówił odtajnienia także informacji, które przystępujący zastrzegł w wykazie osób w odniesieniu do eksperta nr 5, tj. osoby pełniące funkcję kierownika rozruchu (technolog). Zgodnie z opisem spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonym przez zamawiającego w pkt. 1.4 SIWZ osoba taka winna wykazać się doświadczeniem w kierowaniu próbami końcowymi i rozruchem, w tym w ramach realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub

6

przebudowie lub modernizacji, obejmującej zakresem technologię, obiektu/obiektów technologicznego/technologicznych związanego/związanych z gospodarką wodno-ściekową. Odwołujący podnosił, że zarówno w Polsce jak i w innych krajach Unii Europejskiej gospodarka wodno-ściekowa generalnie realizowana jest przez podmioty podlegające przepisom o zamówieniach sektorowych (wcześniej Dyrektywa 2014/17/WE, a aktualnie Dyrektywa 2014/25/UE). Zatem również w tym przypadku istnieje niemal 100% prawdopodobieństwo, iż osoba wskazana jako ekspert nr 5 pełniła funkcję przy realizacji inwestycji dla podmiotu publicznego, co w konsekwencji oznacza, iż jej dane osobowe już uprzednio zostały podane do wiadomości publicznej w ofercie składanej takiemu podmiotowi, w umowie z takim podmiotem lub też w dokumentacji prowadzonej dla takiej inwestycji.

W zakresie projektanta branży technologicznej (ekspert nr 2) oraz projektanta branży elektrycznej i AKPiA (ekspert nr 3) zamawiający wymagał, by osoby te posiadały doświadczenie w opracowaniu projektów dotyczących obiektu/obiektów technologicznego/technologicznych związanego/związanych z gospodarką wodno-ściekową. Odwołujący podnosił, podobnie jak w przypadku eksperta nr 5, że gospodarka wodno-ściekowa generalnie realizowana jest przez podmioty publiczne. Zatem również w tym przypadku istnieje analogiczne prawdopodobieństwo, iż ww. wskazane osoby pełniły funkcje przy realizacji inwestycji dla podmiotu publicznego, co w konsekwencji oznacza, iż ich dane osobowe już uprzednio zostały podane do wiadomości publicznej.

W odniesieniu do eksperta nr 2 (projektant branży technologicznej), nr 3 (projektant branży elektrycznej i AKPiA), jak i eksperta nr 4 (projektant branży architektoniczno-konstrukcyjnej) odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał wykazania w stosunku do tych osób, iż posiadają doświadczenie w opracowaniu projektu w określonym zakresie rzeczowym. Formę dokumentacji projektowej reguluje rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego

zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. z 2012 r. poz. 462). Stosownie do postanowień § 3 ust. 1 pkt 1 i 4 na stronie tytułowej projektu budowlanego należy zamieścić nazwę, adres i kategorię obiektu budowlanego oraz jednostkę ewidencyjną, obręb i numery działek ewidencyjnych, na których obiekt jest usytuowany jak również imię, nazwisko, numer uprawnień, specjalność oraz podpis projektanta, oraz imiona i nazwiska osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności opracowujących poszczególne części projektu budowlanego, wraz z określeniem zakresu ich opracowania, specjalności i numeru posiadanych uprawnień budowlanych oraz datę opracowania i podpisy. Z kolei § 4 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 przywoływanego rozporządzenia przewiduje, że na rysunkach wchodzących w skład projektu budowlanego należy umieścić metrykę projektu zawierającą nazwę i adres obiektu budowlanego, imię i nazwisko projektanta (projektantów), specjalność i numer uprawnień budowlanych oraz datę i podpis.

7

Odwołujący wskazał także, że możliwość identyfikacji projektantów dotyczy także projektantów sprawdzających. Zgodnie bowiem z § 3 ust. 2 rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. z 2012 r. poz. 462), jeżeli projekt architektoniczno-budowlany podlega sprawdzeniu, na stronie (stronach) tytułowej należy zamieścić imiona i nazwiska osób sprawdzających projekt, wraz z podaniem przez każdą z nich specjalności i numeru posiadanych uprawnień budowlanych, datę i podpisy, zaś § 4 ust. 2 stanowi, że w projekcie architektoniczno-budowlanym, objętym obowiązkiem sprawdzenia, należy umieścić w metryce, o której mowa w ust. 1, imię i nazwisko osoby sprawdzającej rysunek, specjalność i numer posiadanych uprawnień budowlanych oraz datę i podpis potwierdzający sprawdzenie.

Podkreślał, że dokumenty wchodzące w skład projektu są jawne i publicznie dostępne. Stosownie bowiem do postanowień art. 34 ust. 4 i 5 Pr. Bud. projekt budowlany podlega zatwierdzeniu w decyzji o pozwoleniu na budowę lub w odrębnej decyzji, poprzedzającej wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę i stanowi integralną część tych decyzji administracyjnych. Skoro tak jest, to powyższe prowadzi do wniosku, że jako taki jest informacją publiczną i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst, jedn.: Dz.U. z 2015 r. poz. 2058 ze zm. - dalej: „udip”). Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 4 lit. a tiret pierwsze udip udostępnieniu w trybie tej ustawy podlega informacja o danych publicznych, w tym treść i postać dokumentów urzędowych, w szczególności treść aktów administracyjnych i innych rozstrzygnięć. W tym zakresie orzecznictwo sądów administracyjnych ukształtowało jednolitą linię orzecniczą, w myśl której projekt budowlany podlega udostępnieniu na podstawie udip. Skoro osoby dedykowane do pełnienia funkcji eksperta nr 2, 3 i 4 winny posiadać doświadczenie w opracowywaniu projektu, a dane pozwalające na ich identyfikację mogły zostać już uprzednio podane do publicznej wiadomości wraz z opracowywanym przez nie projektem budowlanym, to nie mogą być skutecznie zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponadto dysponentem informacji na temat danych osobowych i doświadczenia zawodowego jest przede wszystkim ich posiadacz, przy czym sam fakt jego posiadania nie może być uznany za informację nieujawnioną do wiadomości innych osób skoro posiadacz określonego doświadczenia może się na nie powoływać. Trudno też zaakceptować pogląd, że specjaliści wskazani w wykazie osób nie komunikują swojego doświadczenia i wiedzy na zewnątrz. Naturalne bowiem jest, że osoby te upowszechniają swoje zawodowe osiągnięcia bądź to w pracy naukowej, publikacjach bądź w celu uzyskania kolejnych zleceń. W konsekwencji, jeśli dane takich osób uprzednio zostały już ujawnione w procesie realizacji jakiegokolwiek inwestycji, nie można uznać, że w niniejszym postępowaniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyjaśnieniach dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

8

przystępujący nie uprawdopodobnił, iż ujawnienie danych osobowych ekspertów dedykowanych do udziału w realizacji inwestycji nie miało uprzednio miejsca, a zamawiający tych kwestii dostatecznie nie zbadał w toku analizy skuteczności dokonanego zastrzeżenia.

Odnosnie zaniechania odtajnienia wykazu robót odwołujący podniósł, że informacje, które miały się znaleźć w wykazie wykonanych przez wykonawcę robót budowlanych są

informacjami publicznie dostępnymi, co eliminuje możliwość traktowania ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Zgodnie z wzorem formularza nr 5 do SIWZ, w zakresie spełnienia warunku doświadczenia każdy wykonawca musiał wskazać jedynie informacje dotyczące opisu wykonywanych robót, wartość robót, daty oraz miejsca wykonania oraz nazwy i adresu odbiorcy. W treści warunku udziału w postępowaniu zamawiający posłużył się pojęciami „budowa” i „przebudowa” co jednoznacznie określa treść tych pojęć, gdyż są one zdefiniowane w Pr. Bud. Zgodnie z art. 3 pkt 6 Pr. Bud. budowa oznacza wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, zaś wedle art. 3 pkt 7a Pr. Bud. przebudowa to wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Określenie w ten sposób wymaganego doświadczenia powoduje, iż informacja o takich robotach budowlanych, w tym nawet wykonywanych dla inwestorów prywatnych jest w pełni jawna i powszechnie dostępna w związku z postanowieniami Pr. Bud. i przepisów wykonawczych do tej ustawy. Skoro budowa takich obiektów wymaga uzyskania pozwolenia na budowę, to w takim przypadku informacja o inwestorze (jako adresacie decyzji o pozwoleniu na budowę) oraz zakresie realizowanych przez niego robót (będących przedmiotem tej decyzji) są ujawniane w treści tej decyzji administracyjnej, co jednoznacznie wynika ze wzoru pozwolenia na budowę stanowiącego załącznik nr 6 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 24 lipca 2015 r. w sprawie wzorów: wniosku o pozwolenie na budowę, oświadczenia o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, decyzji o pozwoleniu na budowę, oraz zgłoszenia budowy i przebudowy budynku mieszkalnego jednorodzinnego (Dz. U. z 2015 r. poz. 1146 ze zm.). Tym samym dane, które powinny być wykazane w wykazie robót są informacją powszechnie dostępną, gdyż podlegają udostępnieniu w trybie udip, na podstawie z art. 6 ust. 1 pkt 4 lit. a tiret pierwsze tej ustawy, jako informacja o danych publicznych, w tym treść i postać dokumentów urzędowych, w szczególności treści aktów administracyjnych i innych rozstrzygnięć. Bez znaczenia jest przy tym, że dana budowa była inwestycją prywatną.

9

Wymogi uzyskania decyzji administracyjnej o udzieleniu pozwolenia na budowę są analogiczne zarówno dla inwestorów publicznych, jak i inwestorów prywatnych, a fakt dostępu do nich na podstawie przepisów o dostępie do informacji publicznej jest następstwem faktu, iż decyzje takie są rozstrzygnięciami organów władzy publicznej, w tym przypadku organów administracji budowlanej. Uzyskanie pozwolenia na budowę dla robót wymaganych do wykazania doświadczenia implikuje konieczność oznaczenia wykonywanej budowy tablicą informacyjną, zgodnie z art. 42 ust. 2 pkt 2 Pr. Bud. W związku z powyższym, na podstawie § 13 ust. 1 pkt 1 i 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (Dz.U. z 2002 r. nr 108, poz. 953 ze zm.) na tablicy informacyjnej umieszczone zostaną dane na temat określenia rodzaju robót budowlanych oraz adres prowadzenia tych robót oraz imię i nazwisko lub nazwę (firmę), adres i numer telefonu wykonawcy lub wykonawców robót budowlanych. Analogicznie przedstawia się możliwość uzyskania przedmiotowych informacji w odniesieniu do przebudowy. Spod obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę zostały wyłączone przebudowy wskazane w art. 29 ust. 2 pkt 1a, 1b, 9, 11 i 12 Pr. Bud. Przepisy te nie przewidują odstępstwa od obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę dla przebudów obiektów takich, jak wymagane przez zamawiającego w treści warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie informacji i dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, udostępniającego przystępującemu swoje zasoby odwołujący podniósł, że ustawa Pzp przewiduje jako formę współpracy z wykonawcą podwykonawstwo oraz korzystanie przy realizacji zamówienia z potencjału podmiotu trzeciego. Okolicznością naturalną jest współpraca podmiotów przy realizacji zamówienia. To, że wykonawca będzie realizował zamówienie przy udziale podwykonawców czy podmiotów trzecich jest naturalnym, przewidzianym przez ustawę zjawiskiem. Nie jest to okoliczność nadzwyczajna. Sam fakt udziału podmiotów trzecich przy wykonaniu zamówienia sam w sobie nie oznacza, że

wykonawca korzystający z takich podmiotów ma szczególną pozycję konkurencyjną wobec pozostałych wykonawców. Nie świadczy o przewadze konkurencyjnej sam fakt współpracy wykonawcy z określonymi podmiotami na rynku, które posiadają doświadczenie, zwłaszcza w sytuacji, gdy inne podmioty składające ofertę posiadają samodzielnie doświadczenie w realizacji zamówienia. Ponadto skoro umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest jawna, realizacja zamówienia nie podlega utajnieniu, to i sam fakt współpracy wykonawcy z podmiotami trzecimi stanie się jawny. Zatem argumentacja przystępującego, jakoby zastrzeżone przez niego informacje stanowiły dane na temat atrakcyjności biznesowej i relacji łączących z innymi podmiotami na rynku, przy pomocy których zamierza realizować zamówienie, nie jest uzasadniona. Z uwagi na to, zastrzeżenie ich tożsamości niejako „na

10

chwile” (czas weryfikacji ofert) wskazuje na cel takiego zastrzeżenia i brak statusu jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W świetle uregulowań ustawy Pzp aktywność gospodarcza wykonawców przy realizacji przedmiotu zamówienia i relacje, łączące ich z innymi podmiotami, co do zasady są jawne. Nie wykazano w sposób dostateczny, by którakolwiek z zastrzeżonych przez przystępującego informacji posiadała wartość gospodarczą. Przystępujący wskazał w treści wyjaśnień jako wartość gospodarczą możliwość nawiązania własnej współpracy innych wykonawców z jego partnerami handlowymi. Twierdzenie to należałoby uznać za nietrafne, albowiem na tym etapie postępowania, tj. po złożeniu ofert nie jest to już możliwe. Nie jest także możliwa zmiana oferty w tym zakresie, tj. wskazania podwykonawcy. Nie można uznać za wykazanie zasadności tajemnicy przedsiębiorstwa ogólnego wskazania, że zostały spełnione przesłanki z art. 11 ust. 4 uzk i potraktować za takie wykazanie deklaracji o podjęciu działań niezbędnych w celu zachowania poufności informacji.

Przystępujący nie wykazał także, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Elementem składowym definicji pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa jest podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności danej informacji. Tym samym realizacja obowiązku wynikającego z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wymaga wykazania przez wykonawcę, że takie działania podjął. Tymczasem wedle zastrzeżenia zawartego w ofercie przystępującego nie ma żadnych informacji na temat takich działań. Wykonawca ten jedynie informuje, iż podjął takie działania, ale nie wskazuje na czym miałyby one polegać. Wskazuje jedynie, iż podstawowym działaniem było ich zastrzeżenie w ofercie. Takie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednak nieskuteczne ponieważ dana informacja ma być tajemnicą przedsiębiorstwa niezależnie od postępowania, a nie stawiać się nią na skutek samego zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę w ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie niewykazania, iż zastrzeżone informacje zawarte w wyjaśnieniu ceny rażąco niskiej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uzk odwołujący podniósł, że analogicznie przedstawia się zagadnienie niewykazania w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej, iż zastrzeżone informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uzk. Przystępujący wskazał jedynie, iż nie podał do publicznej wiadomości, ani nie ujawnił szerzej informacji na temat elementów składowych swojej ceny. Trudno uznać jednak, iż jest to wyjaśnienie o niezbędnych działaniach w celu zachowania ich poufności, tak jak wymaga tego przepis art. 11 ust. 4 uzk. Mając na uwadze wyjątkowy charakter wyłączenia jawności z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp niedopuszczalne jest wskazanie na sam fakt podjęcia działań w celu zapewnienia poufności informacji, lecz koniecznym jest konkretyzacja podjętych działań i ich opis.

11

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Instal Warszawa S.A. w Warszawie. Złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, ofertę złożoną przez przystępującego, wezwania zamawiającego z 11.07.2016 r. i 16.08.2016 r. skierowane do przystępującego o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia przystępującego z 21.07.2016 r. i 22.08.2016 r., zaproszenie zamawiającego z 29.08.2016 r. skierowane do odwołującego celem wglądu w treść ofert wraz z informacją o dokonaniu wglądu przez odwołującego w dniu 01.09.2016 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska oraz dokumenty stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Instal Warszawa S.A. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

12

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zaniechanie odtajnienia części oferty i wyjaśnień złożonych przez konkurującego wykonawcę, utrudnia odwołującemu zweryfikowanie czy oferta ta zostanie prawidłowo zbadana i oceniona przez zamawiającego. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa prowadzić będzie do nakazania zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi wykonawcy skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mógłby z nich korzystać z uwagi na nieudostępnienie mu oferty i wyjaśnień złożonych przez konkurenta. W konsekwencji może to doprowadzić do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wybranego względnie wykluczenia go z udziału w postępowaniu, zaś oferta odwołującego może być uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest modernizacja Zakładu Północnego – etap II. Modernizacja pompowni I i III stopnia.

Na podstawie pkt 9 protokołu postępowania ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły m.in. oferty przystępującego i odwołującego.

Ustalono również, że przystępujący w pkt 9 formularza oferty wskazał, że zastrzega nw. oświadczenia i dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które nie mogą być udostępniane, w szczególności innym uczestnikom postępowania:

- a) informacja o nazwie (firmie) podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca się powołuje (s. 5 oferty przystępującego),
- b) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (s. 37-41 oferty przystępującego),
- c) pozycja 2 w wykazie wykonanych przez wykonawcę robót budowlanych wraz z

dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (s. 32-34 oferty przystępującego),
d) zobowiązanie i dokumenty podmiotów, na zasoby których powołuje się wykonawca (s. 43-48 oferty przystępującego).

13

Na s. 54-55 oferty przystępujący zamieścił uzasadnienie utajnienia ww. informacji. Wskazał, że spełnione są wszystkie przesłanki definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” z art. 11 ust. 4 uznk odnośnie zastrzeżonych przez niego informacji i dokumentów.

Odnośnie wykazu osób przystępujący wskazał, że *indywidualne predyspozycje osób pozostających w dyspozycji wykonawcy mają wartość gospodarczą w takim sensie, iż świadczą o sile wykonawcy na rynku branżowym, bowiem dzięki tym osobom taki wykonawca może realizować określone przedsięwzięcia często o bardzo złożonym i skomplikowanym charakterze. Mając na uwadze specyfikę branży charakteryzującą się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów, informacje o kwalifikacjach, jak również potencjale kadrowym wykonawców, mają znaczenie gospodarcze. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się wykonawcy przed dostępem do danych o jego zasobach lub zasobach kadrowych firm, z którymi współpracuje. Ujawnienie do publicznej wiadomości danych tych osób może spowodować, iż inni wykonawcy funkcjonujący na tym samym rynku podejmą działania zmierzające do pozyskania tych osób dla siebie, uniemożliwiając tym samym wykonawcy realizację kolejnych przedsięwzięć. Ponadto groźba tzw. head huntingu wynikająca z udostępnienia informacji zawartych w wykazie osób jest dla wykonawcy bardzo realna, a szkoda jaką mógłby ponieść poprzez utratę osób dedykowanych do tej inwestycji w okresie pomiędzy złożeniem oferty, a rozpoczęciem pracy przez poszczególne osoby - dotkliwa. Chodzi o specjalistów wysokiej klasy, których pozyskanie jest trudne.*

Odnośnie pozycji 2 wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz informacji i dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, który te zasoby udostępnia, przystępujący wyjaśniał, że *informacją chronioną jako tajemnica przedsiębiorstwa jest informacja o partnerach biznesowych wykonawcy. Partnerzy ci stanowią źródło know-how wykonawcy. Informacja o współpracy z tymi partnerami stanowi informację o charakterze organizacyjnym oraz handlowym, posiada wartość gospodarczą i z tego tytułu podlega ochronie. Dane dotyczące źródeł zaopatrzenia i zbytu (czyli poddostawców/podwykonawców, ale także odbiorców usług lub dostaw) w orzecznictwie sądu antymonopolowego zostały uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji za niepodlegające udostępnieniu osobom trzecim w przypadku ich zastrzeżenia przez przedsiębiorcę. Tym bardziej dane dotyczące źródeł know-how. W świetle powyższego nie tylko sama nazwa kontrahenta, ale też jego doświadczenie, o którym informacje znajdują się w wykazie, referencjach i zobowiązaniu jest tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawcy i jako takie nie mogą być udostępnione. Poznanie informacji o doświadczeniu podmiotów udostępniających wiedzę i doświadczenie dawałoby konkurencji wykonawcy informacje o atrakcyjności biznesowej podmiotów współpracujących z nami, co*

14

mogłoby spowodować próby nawiązania własnej współpracy z nimi, a w rezultacie przynieść szkodę Wykonawcy. Stąd, nawet co do zasady jawne odpisy z KRS uzyskują walor tajemnicy przedsiębiorstwa, gdy można z nich dowiedzieć się o partnerach handlowych Wykonawcy.

Podsumowując swe uzasadnienie zastrzeżenia przystępujący wskazał, że:
- wszystkie powyższe informacje mają charakter techniczny, technologiczny, handlowy i organizacyjny;
- nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a przystępujący podjął działania zmierzające do pozostania ich w poufności; (podstawowym działaniem było zastrzeżenie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa w składanej ofercie),
- wartość tych informacji byłaby równa wysokości szkody wyrządzonej przystępującemu na skutek ujawnienia informacji i pogorszenia się jego pozycji biznesowej.

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z dnia 11 lipca 2016 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Poprosił także o sporządzenie kalkulacji obejmującej wskazane przez zamawiającego elementy.

W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 21 lipca 2016 r., w którym odnosił się do treści wezwania. Do pisma tego załączono załączniki. Przystępujący zastrzegł, że treść tego pisma ani załączników nie może być udostępniana innym wykonawcom, gdyż zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Na s. 5 pisma zawarł uzasadnienie zastrzeżenia, w którym wskazał, że *wyjaśnienia wraz z załącznikami przedstawiają sposób kalkulacji ceny oferty, zawierają informacje odnośnie wysokości naliczonej marży, nazwy podwykonawców, a także ceny uzgodnione z kontrahentami. Pokazują sposób budowania strategii cenowej w ofercie oraz elementy składowe tej strategii, pokazują rozwiązania dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na uzyskanie ceny zaproponowanej w ofercie. Składniki ceny ofertowej oraz sposób kalkulacji ceny to informacje posiadające wartość gospodarczą. Informacje te pozwalają uzyskać nie tylko wiedzę o zasadach kształtowania przez wykonawcę polityki cenowej i kosztowej, ale również o rynku poddostawców i podwykonawców, z których korzysta. Wysokość, rozbieżność i składniki kosztów związanych z ceną ofertową są przedmiotem osobnego zatwierdzania w wąskim gronie decyzyjnym kierownictwa spółki. Informacje te nie zostały podane do wiadomości publicznej, ani nie są ujawniane szerzej, niż w ograniczonym kręgu osób. Pozyskanie tych informacji przez konkurencję może spowodować, że firmy konkurencyjne postarają się pozyskać wskazanych podwykonawców dla realizacji własnych świadczeń i w ten sposób uniemożliwić wykonawcy wykorzystanie uzyskanego przez niego potencjału. Ponadto informacje o cenach transakcyjnych są tajemnicami partnerów handlowych wykonawcy.*

15

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 16 sierpnia 2016 r. wezwał przystępującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny we wskazanym przez siebie zakresie. W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 22 sierpnia 2016 r. wraz załącznikami, w którym odnosił się do treści wezwania. Przystępujący zastrzegł, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane innym osobom, z tych samych powodów, jak wyjaśnienia z dnia 22 lipca 2016 r.

Ustalono także, że odwołujący 23 sierpnia 2016 r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie mu do wglądu dokumentacji postępowania. Zamawiający pismem z dnia 28 sierpnia 2016 r. wyznaczył odwołującemu termin wglądu na dzień 1 września 2016 r. W dniu 1 września 2016 r. zamawiający udostępnił odwołującemu część jawną oferty przystępującego. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu zastrzeżonej części oferty przystępującego ani wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności stwierdzono, że odwołanie nie jest przedwczesne. Zgodnie ze znajdującym zastosowanie w analizowanej sprawie przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Jak wynikało z dokumentacji postępowania odwołujący 23 sierpnia 2016 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie mu do wglądu dokumentacji postępowania. Zamawiający pismem z dnia 28 sierpnia 2016 r. wyznaczył odwołującemu termin wglądu na dzień 1 września 2016 r. W dniu 1 września 2016 r. zamawiający udostępnił odwołującemu część jawną oferty przystępującego. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu zastrzeżonej części oferty przystępującego ani wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dostarczenie wymagało także, że zamawiający nie poinformował odwołującego ani w żaden inny sposób nie dał wyrazu temu, jakoby zamierzał jeszcze badać skuteczność zastrzeżenia. Powyższe nie wynikało z żadnego oświadczenia ani dokumentu wchodzącego w skład dokumentacji postępowania. Dodatkowo w trakcie posiedzenia przez

tej sytuacji odwołujący miał podstawy do uznania, że zamawiający zakończył już badanie skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, czego wyrazem było stanowisko zakomunikowane odwołującemu w dniu 1 września 2016 r. W szczególności, wbrew stanowisku przystępującego, z żadnego przepisu ustawy Pzp ani aktów wykonawczych do tej ustawy nie wynika, aby w protokole postępowania musiała się znajdować wzmianka o zakończeniu badania przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby, jeżeli zamawiający, który udostępnił wykonawcy część wnioskowanych dokumentów, zamierza jeszcze badać skuteczność zastrzeżenia, powinien jednoznacznie zakomunikować wykonawcy swój zamiar. Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzono, że odwołanie nie jest przedwczesne.

Za zasadny uznano zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia informacji znajdujących się w ofercie przystępującego w zakresie wykazu osób, pozycji 2 wykazu robót wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie, informacji o podmiocie trzecim, na zasoby którego przystępujący powołuje się celem wykazania warunku udziału w postępowaniu wraz z dokumentami odnoszącymi się do tego podmiotu oraz w zakresie wyjaśnień przystępującego co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, gdyż nie zostało wykazane, aby ww. informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, *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*. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: „Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje

dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w

którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby nadzwyczaj lakoniczne uzasadnienie zastrzeżenia poczynione przez przystępującego nie stanowiło dowodu na to, że zastrzegane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Izba dokonała analizy uzasadnienia zastrzeżenia wykazu osób, wykazu robót i danych oraz dokumentów podmiotu trzeciego, jakie przystępujący załączył do swej oferty, a także uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień w przedmiocie ceny rażąco niskiej. Stwierdzono, że uzasadnienie utajnienia ww. danych sporządzone przez przystępującego jest nad wyraz ogólne, lakoniczne, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o

18

udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę. Ponadto tak sporządzone uzasadnienie nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem.

W odniesieniu do wykazu osób przystępujący w swym uzasadnieniu wskazał jedynie, że indywidualne predyspozycje osób pozostających w dyspozycji przystępującego mają dla niego wartość gospodarczą w takim sensie, iż świadczą o sile wykonawcy na rynku branżowym. Przystępujący wskazał też na groźbę pozyskania ww. osób przez konkurencję. Ponadto oświadczył, że podjął działania celem zachowania poufności i że w tym zakresie wystarczającym jest zastrzeżenie tajemnicy poczynione w ofercie. Wreszcie oświadczył, że informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Odnosząc się do przytoczonego uzasadnienia należało stwierdzić, że o ile rzeczywiście informacje z wykazu osób obejmujące wykształcenie i doświadczenie kadry mogą potencjalnie przedstawiać dla wykonawcy pewną wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, to jednak przystępujący nie wykazał, iż taka sytuacja wystąpiła również w tym przypadku. Przystępujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie wyjaśnił, czy, a jeżeli tak to dlaczego osoby wymienione w wykazie mają jakieś unikalne na rynku wykształcenie i /lub doświadczenie, które mogłoby uzasadniać obawę pozyskania tych osób przez konkurencję. Nie wiadomo jakiego rzędu wielkości liczba osób z wymaganym wykształceniem i doświadczeniem jest dostępna na rynku.

Wzięto pod uwagę, że w świetle warunku udziału w postępowaniu w przypadku eksperta 1, 2, 6, 9 zamawiający wymagał jedynie ogólnie posiadania wykształcenia wyższego technicznego, ekonomicznego lub menedżerskiego, względnie wykształcenia wyższego technicznego lub z zakresu automatyki. W przypadku pozostałych ekspertów zaś wymagano posiadania uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach określonych w ustawie Prawo budowlane. Zatem w zakresie wykształcenia zamawiający nie sformułował żadnych wygórowanych wymogów, które sprowadzały się do standardowo wymaganych w takich sprawach uprawnień (wykształcenia). Natomiast co do doświadczenia zawodowego to przystępujący nie wykazał, aby wymagane w SIWZ doświadczenie, miało charakter wyjątkowo specjalistyczny, unikalny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka agresywnego pozyskiwania takich osób. W szczególności nie wiadomo, ile z doświadczeniem zawodowym wymaganym przez zamawiającego jest dostępnych na rynku.

Przystępujący nie sprostą także ciężarowi udowodnienia pozostałych przesłanek z definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Jeżeli przystępujący istotnie zamierzał chronić dane odnośnie wykształcenia i doświadczenia zawodowego osób wymienionych w wykazie, to powinien udowodnić, a przynajmniej wyjaśnić, czy podjął jakiekolwiek działania celem zachowania tych informacji w poufności. W szczególności nie wiadomo, czy na ww. osoby nałożono obowiązek nieujawniania danych co

do ich doświadczenia zawodowego czy wykształcenia. Nie wiadomo przykładowo, czy w kontraktach z tymi osobami są stosowane, a jeżeli tak, to jakie klauzule poufności.

Za spóźnione należało uznać powoływanie się przez przystępującego w trakcie rozprawy przed Izbą na postanowienia zarządzenia nr RZ-136-0007 Prezesa Instal Warszawa z 15.05.2013 r. w sprawie wprowadzenia regulaminu bezpieczeństwa w Instal Warszawa S.A. Jak wynika z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, przystępujący miał obowiązek udowodnić skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w postępowaniu przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Uszło uwadze przystępującego, że z przywoływanego przepisu w sposób jednoznaczny wynika termin, w jakim wykonawca obowiązany jest wykazać przesłanki z art. 11 ust. 4 u.znk. Dostrzeżenia wymagał także fakt, że przystępujący nie tylko nie załączył ww. regulaminu do wyjaśnień przekazanych zamawiającemu na 54-55 oferty, nie przytoczył również jego treści, ale nawet o tym regulaminie nie wspomniał. W toku postępowania odwoławczego przed Izbą nie wyjaśnił natomiast, w jaki sposób przeprowadzenie dowodu miało służyć ustaleniu, że wykonawca wykazał zamawiającemu przesłanki z art. 11 ust. 4 u.znk do upływu terminu składania ofert. Wobec powyższego wniosek przystępującego o przeprowadzenie dowodu z kserokopii ww. zarządzenia podlegał oddaleniu na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, jako powołany dla zwłoki, gdyż nie służył ustaleniu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Jeżeli chodzi o pkt 2 wykazu robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi fakt należytego wykonania tych robót oraz informacje o nazwie podmiotu trzeciego na zasoby którego wykonawca powołał się wykazując warunek udziału w postępowaniu, to w uzasadnieniu zastrzeżenia przystępujący wyjaśnił, że w tym przypadku ochronie podlega informacja o jego partnerze biznesowym, który stanowi źródło jego know-how. Argumentował, że właśnie dlatego powinna podlegać ochronie nazwa i doświadczenie tego podmiotu.

Odnosząc się do uzasadnienia sporządzonego przez przystępującego należało stwierdzić, że utajnienie nazwy podmiotu trzeciego i jego doświadczenia w pojedynczym, konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie może zapewnić przystępującemu ochrony przez nawiązaniem współpracy podmiotu trzeciego z konkurentami przystępującego. Ponadto przystępujący nie oświadczył ani nie wykazał, aby nałożył na podmiot trzeci obowiązek niepodjęcia współpracy z kontrahentami przystępującego. Nie wykazano także, aby podmiot trzeci zobowiązał się do zachowania w poufności współpracy z przystępującym. Przystępujący nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie oświadczył aby podmiot trzeci miał utajnić fakt wykonania robót budowlanych, o których mowa w pkt 2 wykazu robót. Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że przystępujący nie sprostął obowiązкови wykazania do upływu terminu składania ofert, jakoby

20

zastrzeżone informacje wypełniały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.znk.

W ostatniej kolejności Izba odniosła się do skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wyjaśnień składanych przez przystępującego odnośnie elementów oferty mających wpływ na wykosu ceny.

Stwierdzono, że również i w tym zakresie przystępujący nie zdołał udowodnić zamawiającemu, iż zastrzegane informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Także i w tym przypadku uzasadnienie zastrzeżenia okazało się nad wyraz skromne, lakoniczne i sprowadzało się de facto do kilku zdań.

Można hipotetycznie przyjąć, że ceny transakcyjne oferowane wykonawcy przez dostawców, stosowane marże, zwłaszcza przedstawiane w sposób szczegółowy i przyjmujące postać konkretnych ofert, mogą mieć wartość gospodarczą. Może do dotyczyć w szczególności przypadków oferowania wykonawcy szczególnie atrakcyjnych warunków handlowych, niedostępnych dla innych uczestników rynku. Nie sposób także nie dostrzec, że w analizowanej sprawie przystępujący poprzez składane zamawiającemu wyjaśnienia starannie i szczegółowo zaprezentował sposób budowania ceny, stosowane marże, a także przedstawił warunki współpracy z dostawcami. Jednakże nie podjął choćby próby wyjaśnienia zamawiającemu na konkretnych przykładach dlaczego ujawniane warunki

współpracy, stosowane marże są na tyle unikalne, niespotykane na rynku w sposób, który usprawiedliwia jego twierdzenie, iż przedstawiają wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Dostrzeżenia wymaga także, że budowanie ceny ofertowej jest procesem i w tej sytuacji przystępujący powinien również wykazać, w jaki sposób chronił dane dot. elementów cenotwórczych w całym toku tego procesu. W szczególności przystępujący powinien być w stanie udowodnić, że obowiązek zachowania owych unikalnych warunków współpracy, czy wyjątkowych marż został nałożony także na poddostawców, podwykonawców itd. Wykazywanie, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie może polegać na przytoczeniu de facto dwóch ogólnych zdań na temat rzekomo wyjątkowej strategii kosztowej czy cenowej, bez zaprezentowania zamawiającemu informacji na czym owa unikalna strategia kosztowa i cenowa miała polegać w analizowanej sprawie.

Za późnioną należało uznać argumentację przystępującego przedstawioną w trakcie rozprawy, jakoby przedmiotem ochrony miała być chęć utajnienia danych odnośnie wynagrodzenia osób, które będą wykonywały zamówienie. W tym zakresie przystępujący powołał się na pkt 15 kalkulacji załączonej do wyjaśnień składanych zamawiającemu. Analogicznie należało potraktować stanowisko przystępującego, który w trakcie rozprawy wyjaśniał, iż przedmiotem ochrony miały być dane odnośnie koncepcji, wizji realizacji przedmiotu zamówienia, jakie musiał zaprezentować w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu. Podkreślenia wymagało, że tego rodzaju argumentacji próżno było szukać

21

w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, znajdujących się na str. 5 pisma 21 lipca 2016 r. Jak już to wyjaśniono wcześniej, próby wykazywania skuteczności zastrzeżenia dopiero na etapie postępowania odwoławczego przez Izbę, należało ocenić jako późnione.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba stwierdziła, że wykazane naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia oferty przystępującego i wyjaśnień składanych przez tego wykonawcę może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jak tajemnica przedsiębiorstwa doprowadziło do konieczności nakazania zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi innym wykonawcom skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mogliby z nich korzystać z uwagi na niedostępność im oferty i wyjaśnień złożonych przez konkurenta.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji w zakresie wskazanym w sentencji.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

22

Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp, *koszty postępowania, w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, ponosi wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę. Ponadto, stosownie do § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), jeżeli uczestnik postępowania, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba zasądza od wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, na rzecz odwołującego lub zamawiającego. Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości wnoszący sprzeciw przystępujący, to tego uczestnika postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.*

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i pełnomocnika zamawiającego, każdy w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: