

WYROK

z dnia 8 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Magdalena Grabarczyk
Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 stycznia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 14 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ERBUD INDUSTRY sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ERBUD S.A z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zaprojektowanie, montaż, uruchomienie, wykonanie ruchu próbnego oraz przekazanie do eksploatacji II części układu nawęglania zewnętrznego dla potrzeb nowego bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy 910 MW w TAURON Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie* (nr postępowania 2015/TW-E01/TW-E01/02525/L)

prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Wytwarzanie S.A z siedzibą w Katowicach**

przy udziale zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawców:

A. Control Process S.A z siedzibą w Krakowie

– po stronie odwołującego

B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Zabrze S.A

z siedzibą w Zabrze, Linter S.A z siedzibą w Wolbromiu

C. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A z siedzibą w Warszawie, Transsystem sp. z o.o. z siedzibą w Woli Dalszej, Financing & Manufacturing & Know-how sp. z o.o. z siedzibą w Kraskowie

– po stronie zamawiającego

orzeka:

1

Sygn. akt 2708/15

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ERBUD INDUSTRY sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ERBUD S.A z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ERBUD INDUSTRY sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ERBUD S.A z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ERBUD INDUSTRY sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ERBUD S.A z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego – TAURON Wytwarzanie S.A z siedzibą w Katowicach kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Sygn. akt 2708/15

Uzasadnienie

Zamawiający – TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach {dalej również: „Tauron”} – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na roboty budowlane pn. *Zaprojektowanie, montaż, uruchomienie, wykonanie ruchu próbnego oraz przekazanie do eksploatacji II części układu nawęglania zewnętrznego dla potrzeb nowego bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy 910 MW w TAURON Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie* (nr postępowania 2015/TW-E01/TW-E01/02525/L).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 września 2015 r. pod nr 2015/S_188-341722, z tym że 24 września 2015 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy informacyjnej oraz na swojej stronie internetowej (www.tauron-wytwarzanie.pl), na której od 29 września 2015 r. udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

14 grudnia 2015 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ERBUD INDUSTRY sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Konsorcjum Erbud”} wniosło odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach złożonych przez: po pierwsze – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Transsystem sp. z o.o. z siedzibą w Woli Dalszej, Financing & Manufacturing & Know-how sp. z o.o. z siedzibą w Kraskowie {dalej również: „Konsorcjum Warbud”}, po drugie – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Zabrze S.A. z siedzibą w Zabrzu, Linter S.A. z siedzibą w Wolbromiu {dalej również: „Konsorcjum Mostostal”}, a w konsekwencji – odmowy ujawnienia i udostępnienia treści ofert w tym zakresie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe narusza następujące przepisy ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 8 ust. 2 – przez ograniczenie dostępu do informacji związanych z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia, pomimo że z żadnego przepisu rangi ustawowej nie wynika, że informacje te podlegają zakazowi udostępniania, a istnieją

Sygn. akt 2708/15

jednocześnie określone przepisy rangi ustawowej nakazujące udostępnienie tych informacji.

2. Art. 8 ust. 3 – przez zaniechanie ujawnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.; dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”).

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Uznania za bezskuteczne zastrzeżeń dotyczących zakazu udostępniania informacji określonych w ofertach Konsorcjum Warbud i Konsorcjum Mostostal.
2. Ujawnienia jako informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa Załącznika nr 2B do Umowy – Opis techniczny Przedmiotu Umowy (str. od 206 do 520 włącznie) oferty

Konsorcjum Warbud oraz załączników nr: 2B do Umowy – Opis techniczny Przedmiotu Umowy, 3 do Umowy – Harmonogram Rzeczowo-Finansowy, 4 do Umowy – Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy Konsorcjum Mostostal.

Odwolujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{1. Zakres utajnionych informacji;}

Odwolujący podał następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia:

- 30 listopada 2015 r. odbyło się składanie i otwarcie ofert;
- Konsorcjum Erbud niezwłocznie złożyło wniosek o umożliwienie wglądu do treści ofert;
- w odpowiedzi 4 grudnia 2015 r. Zamawiający udostępnił wersję elektroniczną ofert w zakresie uznanym przez wykonawców je składających za jawne.

Odwolujący podniósł, że skoro Zamawiający udostępnił oferty tylko w takim zakresie, zaś w pozostałym nie ubezpieczył zastrzeżeń dokonanych przez wykonawców, należy uznać, że zaakceptował otrzymane wyjaśnienia bez dochowania obowiązku przeprowadzenia szczegółowego badania zastrzeżeń i otrzymanych wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego informacje dotyczące elementów oferty, które mają wpływ na obliczenie punktacji za kryteria oceny ofert inne niż cena, a dotyczące rozwiązań, które będą w przyszłości zawarte w załącznikach do wniosku o zamienne pozwolenie na budowę (projekty, specyfikacje, rysunki, ciągi technologiczne, parametry urządzeń, a także inne informacje o urządzeniach itp.), nie posiadają walorów tajemnicy przedsiębiorstwa i jako takie winny być upublicznione.

Odwolujący podał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ poza ceną (kryterium o wadze 85%) drugim kryterium oceny ofert (o wadze 15%) są wskaźniki techniczne w odniesieniu do maksymalnego jednostkowego zużycia energii elektrycznej przez

Sygn. akt 2708/15

podstawowe urządzenia Układu Nawęglania dla wydajności znamionowej i dla warunków pracy określonych w Załączniku nr 5 do Umowy dla przetransportowania 1000 Mg węgla (każda linia Układu Nawęglania oddzielnie):

- przy transporcie węgla z wywrotnic wagonowych nr 1 i 2 do wieży przesypu nawęglania nr 1 (waga podkryterium 6%);
- przy transporcie węgla ze składowiska węgla 1 i 2 do wieży przesypu nawęglania nr 2 (waga podkryterium 9%)

Ponadto do ofert należało załączyć między innymi (strona 31 z 54 SIWZ Część A – Instrukcja dla wykonawców i wymagania formalno-prawne) Załącznik nr 15 – Załączniki do Umowy, które miały zostać sporządzone zgodnie z wytycznymi zamieszczonymi w Załącznikach do Umowy (Część C.2. SIWZ). Takim załącznikami do umowy według ww. wytycznych były m.in. Załącznik nr 2B – Opis techniczny Przedmiotu Umowy, Załącznik nr 3 – Harmonogram Rzeczowo-Finansowy oraz Załącznik nr 4 – Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy.

Odnosząc się do każdego z tych dokumentów Odwołujący opisał, że należało w nich podać następujące informacje:

Załącznik nr 2B – Opis techniczny Przedmiotu Umowy – zgodnie z Częścią C.2. SIWZ (strona 31/231) ww. załącznik powinien zostać opracowany *na podstawie wymagań określonych w Części B.3. SIWZ oraz w zgodzie z zapisami Umowy wraz z wymaganiami Zamawiającego odnośnie przygotowania Załączników do Umowy (Część C.2. SIWZ).* Informacje techniczne podane przez Zamawiającego w Części B SIWZ określają minimalny standard techniczny oczekiwany przez Zamawiającego. Wykonawca może przedstawić w Ofercie rozwiązanie inne niż określone, jako standardy oczekiwane, pod warunkiem, że będą one równoważne lub lepsze, aniżeli to, jakie zostały określone w Części B SIWZ, a Wykonawca w Ofercie uzasadni, że zaproponowane rozwiązania są równoważne lub lepsze. Dodatkowo zaznaczyć należy, iż Przedmiot Oferty / Przedmiot Umowy powinien obejmować cały zakres wymagany przez Zamawiającego w SIWZ. Część Techniczna Oferty musi zawierać informacje, rysunki i dokumenty wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. Przygotowując w Ofercie Część Techniczną Wykonawca: dostosuje się do uwag Zamawiającego zawartych w Części B.3 SIWZ oraz dostosuje się do dyspozycji, które są

wyraźnie wskazane przez Zamawiającego w Części B.3 SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że powyższy załącznik zawiera szczegółowe informacje techniczne, jak choćby parametry techniczne oferowanych urządzeń, które są konieczne do oceny ofert i pozwalają zweryfikować, czy dana oferta jest zgodna z wszystkimi wymaganiami ustalonymi przez Zamawiającego.

Załącznik nr 3 – Harmonogram Rzeczowo-Finansowy – zgodnie z Częścią C.2. SIWZ

5

Sygn. akt 2708/15

(strona 32/231) załącznik ten musi m.in. być zgodny z zapisami § 4 Umowy i Załącznika nr 6 do Umowy, a także musi zawierać kluczowe etapy Realizacji Umowy oraz uwzględnić fakt, że podpisanie Protokołu Przejęcia Układu Nawęglania do Eksploatacji musi nastąpić nie później niż do dnia 15 marca 2019 r. oraz może zawierać maksymalnie 40 Etapów Realizacji.

Załącznik nr 4 – Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy – zgodnie z Częścią C.2. SIWZ (strona 39/231) załącznik ten musi m.in. zawierać wszystkie Etapy Realizacji i ich terminy podane w Ofercie przez Wykonawcę, w opracowanym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, w tym zawierać następujące kluczowe terminy Realizacji: gotowość podania węgla z II części układu nawęglania z każdej wyrotnic wagonowych do wieży przesypu nawęglania nr 1 i z każdej ze zwałowarek poprzez każdy taśmociąg do wieży przesypu nawęglania nr 2 - 13 lipca 2018 r. oraz planowane podpisanie Protokołu Przejęcia Układu Nawęglania do Eksploatacji - 15 marca 2019 r.

Odwołujący stwierdził, że powyższe załączniki pozwalają na stwierdzenie, czy wykonawca, który go sporządził, uwzględnił w planowanej realizacji przedmiotowego zamówienia wszystkie wymagane terminy określone w SIWZ i załącznikach do Umowy wraz z ich zmianami i uzupełnieniami wynikającymi z odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego.

Odwołujący nadmieniał, że również zastrzegł w swojej ofercie określone informacje stanowiące jego tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie informacje dotyczące indywidualnie zaprojektowanych rozwiązań technologicznych i konstrukcyjnych oraz indywidualnie dobranych systemów i urządzeń składających się na opracowane wyłącznie na potrzeby Zamawiającego rozwiązanie stanowiące know-how Odwołującego.

Odwołujący podsumował, że Konsorcjum Warbud i Konsorcjum Mostostal utajniły szereg informacji koniecznych dla zbadania treści ich ofert, które nie powinny zostać utajnione z przyczyn kolejno podanych poniżej.

{2. Przepisy ustawy Prawo budowlane i kodeks postępowania administracyjnego, jako jedna z podstaw utajnionych informacji;}

Odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie montaż, uruchomienie, wykonanie ruchu próbnego oraz przekazanie do eksploatacji II części układu nawęglania zewnętrznego dla potrzeb nowego bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy 910 MW_e w TAURON Wytwarzanie S.A. - Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie. Zakres rzeczowy zamówienia obejmuje (poza robotami budowlanymi) w szczególności (pkt 4.1.2 Części B.2 SIWZ Wymagania techniczne dla Przedmiotu Zamówienia/Przedmiotu Umowy i jego głównych komponentów):

1) wykonanie uzupełniającej inwentaryzacji technicznej i geodezyjnej stanu istniejącego

6

Sygn. akt 2708/15

na terenie lokalizacji obiektów II-giej części Układu Nawęglania,

2) wykonanie niezbędnych uzupełniających badań podłoża gruntowego po podpisaniu Umowy,

3) opracowanie i przekazanie Zamawiającemu kompletnej dokumentacji Układu Nawęglania w skład, której wchodzi m.in.:

– dokumentacja inwentaryzacji, ekspertyzy, analizy,

– dokumentacja niezbędna do aktualizacji Projektu Budowlanego lub opracowania zamiennego Projektu Budowlanego (jeżeli Wykonawca wprowadzi istotne zmiany do rozwiązań technicznych przyjętych w zatwierdzonym projekcie budowlanym wymagające

zmiany pozwolenia na budowę uzyskanego przez Zamawiającego lub uzyskania nowego pozwolenia na budowę),

– dokumentacja niezbędna do aktualizacji (przez Zamawiającego) Projektu Podstawowego w zakresie Przedmiotu Zamówienia,

– dokumentacja wykonawcza,

– dokumentacja jakościowa i rejestracyjna,

– dokumentacja rozruchowa i odbiorowa,

– dokumentacja wykonawcza z naniesionymi zmianami „Red corex”,

– dokumentacja powykonawcza,

– dokumentacja geodezyjna, pomiary powykonawcze powierzchni i kubatury budynków,

– dokumentacja eksploatacyjna,

– dokumentacja szkoleniowa personelu,

– dok. rozmieszczenia sprzętu ppoż. + plany ewakuacji;

4) uzgodnienia, uzyskanie decyzji, w tym:

– uzyskanie niezbędnych zezwoleń i uzgodnień, stosowanie się do obowiązujących

wymagań formalno-prawnych na wszystkich etapach realizacji Układu Nawęglania,

uzyskanie niezbędnych map, opracowanie dokumentacji zgodnie z tymi wymaganiami,

– uzyskanie odpowiednich pozwoleń, uzgodnień i opinii wymaganych przepisami (w tym Zespołu Uzgadniania Dokumentacji i właściwej jednostki Notyfikowanej) oraz pokrycie kosztów uzyskania decyzji jest w zakresie Wykonawcy;

5) dostawa kompletnych urządzeń i wyposażenia, łącznie z przeprowadzeniem prób i testów fabrycznych;

6) transport urządzeń i wyposażenia na Teren Budowy łącznie z dokonaniem całości odpraw celnych i poniesieniem związanych z tym wydatków, przejęcie, magazynowanie i zabezpieczenie oraz konserwacja wyposażenia na Terenie Budowy;

7) prefabrykacja, montaż, budowa, próby odbiorowe i rozruchowe, przeprowadzenie Rozruchu, Ruchu Regulacyjnego, Ruchu Próbnego,

Sygn. akt 2708/15

8) przygotowanie dokumentacji niezbędnej do opracowania przez Zamawiającego wniosku o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie Bloku, dla części inwestycji będącej w zakresie Wykonawcy,

9) przekazanie II-giej części Układu Nawęglania do Eksploatacji.

Odwołujący stwierdził, że wobec powyższego wykonawca wybrany do realizacji przedmiotowego zamówienia obowiązany będzie opracować dokumentację projektową budowlaną i wykonawczą oraz powykonawczą oraz uzyskać decyzje administracyjne o ewentualnym zamiennym pozwoleniu na budowę i o pozwoleniu na użytkowanie oraz pozwolenia zintegrowane. Według Odwołującego oznacza to, że opisy techniczne poszczególnych urządzeń, maszyn, materiałów oraz całościowe rozwiązania techniczne i projekty architektoniczne, dla których dane wyjściowe zostały utajnione, staną się załącznikami do wniosków o wydanie ww. decyzji administracyjnych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 73 i 74 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego {t.j.: Dz. U. z 2013 r. poz. 267, z późn. zm.; dalej również: „kpa”}:

Art. 73 § 1. Strona ma prawo wglądu w akt sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów. Prawo to przysługuje również po zakończeniu postępowania.

Art. 74 § 1. Przepisu art. 73 nie stosuje się do akt sprawy zawierających indor niejawnie o klauzuli tajności „tajne” lub „ściśle tajne”, a także do innych organ administracji publicznej wyłączy ze względu na ważny interes państwowy. § 2. Odmowa umożliwienia stronie przeglądania akt sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii i odpisów, uwierzytelnienia takich kopii i odpisów lub wydania uwierzytelnionych odpisów następuje w drodze postanowienia, na które służy zażalenie.

Według Odwołującego powyższe oznacza, że już w trakcie postępowań o uzyskanie ww. decyzji administracyjnych, jawnych z mocy prawa, stronom będzie przysługiwało prawo wglądu wszelkich załączników do wniosków o ich wydanie.

Natomiast załącznikami do ewentualnego wniosku o zamienne pozwolenie na budowę będą następujące dokumenty, o których mowa w art. 33 ust. 2 ustawy z dnia 7

lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1409, z późn. zm.; dalej również: „Prawo budowlane” lub „PrBud”), zgodnie z którym:

Do wniosku o pozwolenie na budowę należy dołączyć:

1) cztery egzemplarze projektu budowlanego wraz z opiniami, uzgodnieniami, pozwoleniami i innymi dokumentami wymazanymi przepisami szczególnymi oraz zaświadczeniem, o którym mowa w art. 12 ust. 7 {przyp. Odwołującego: wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, z określonym w nim terminem ważności}, aktualnym na dzień opracowania projektu; nie

8

Sygn. akt 2708/15

dotyczy to uzgodnienia i opiniowania przeprowadzanego w ramach oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko albo oceny oddziaływania przedsięwzięcia na obszar Natura 2000;

2) oświadczenie o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane;
3) decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, jeżeli jest ona wymagana zgodnie z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym;

Zgodnie natomiast z art. 34 ust. 3 Prawa budowlanego {podkreślenia za odwołaniem}:

Projekt budowlany powinien zawierać:

1) projekt zagospodarowania działki lub terenu, sporządzony na aktualnej mapie, obejmujący: określenie granic działki lub terenu, usytuowanie, obrys i układy istniejących i projektowanych obiektów budowlanych, sieci uzbrojenia terenu, sposób odprowadzania lub oczyszczania ścieków, układ komunikacyjny i układ zieleni, ze wskazaniem charakterystycznych elementów, wymiarów, rzędnych i wzajemnych odległości obiektów, w nawiązaniu do istniejącej i projektowanej zabudowy terenów sąsiednich;

2) projekt architektoniczno-budowlany, określający funkcję, formę i konstrukcję obiektu budowlanego, jego charakterystykę energetyczną i ekologiczną oraz proponowane niezbędne rozwiązania techniczne, a także materiałowe, ukazujące zasady nawiązania do otoczenia, a w stosunku do obiektów budowlanych, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 4 – również opis dostępności dla osób niepełnosprawnych;

3) stosownie do potrzeb – w przypadku drogi krajowej lub wojewódzkiej, oświadczenie właściwego zarządcy drogi o możliwości połączenia działki z drogą, zgodnie z przepisami o drogach publicznych;

4) w zależności od potrzeb, wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych;

5) informację o obszarze oddziaływania obiektu.

Podobnie załącznikami do wniosku o pozwolenie na użytkowanie są następujące dokumenty, o których mowa w art. 57 ustawy PrBud, zgodnie z którym: *Do (...) wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie inwestor jest obowiązany dołączyć: (...)*

2) oświadczenie kierownika budowy:

i. o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami,

ii. o doprowadzeniu do należytego stanu i porządku terenu budowy, a także – w razie korzystania - drogi, ulicy, sąsiedniej nieruchomości, budynku lub lokalu;

3) oświadczenie o właściwym zagospodarowaniu terenów przyległych, jeżeli eksploatacja wybudowanego obiektu jest uzależniona od ich odpowiedniego zagospodarowania;

9

Sygn. akt 2708/15

4) protokoły badań i sprawdzeń;

5) dokumentację geodezyjną, zawierającą wyniki geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej oraz informację o zgodności usytuowania obiektu budowlanego z projektem zagospodarowania działki lub terenu lub odstępstwach od tego projektu, sporządzoną przez osobę wykonującą samodzielne funkcje w dziedzinie geodezji i kartografii oraz posiadającą odpowiednie uprawnienia zawodowe

6) potwierdzenie, zgodnie z odrębnymi przepisami, odbioru wykonanych przyłączy;

7a) zaświadczenie wójta, burmistrza albo prezydenta miasta, potwierdzające spełnienie warunków, o których mowa w art. 37i ust. 8 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. z 2015 r. poz. 199, z późn. zm.), o ile jest wymagane;

(...)

3. Inwestor jest obowiązany dołączyć do wniosku, o którym mowa w ust. 1, (...)

oświadczenia o braku sprzeciwu lub uwag ze strony organów wymienionych w art. 56.

Według Odwołującego z powyższego wynika, że wszelkie informacje, które utajnili konkurencyjni wykonawcy nie mogą zostać utajnione, albowiem jako załączniki do wniosków w postępowaniach administracyjnych będą podlegały archiwizacji i ujawnieniu.

{3. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej i ustawa o dostępie do informacji publicznej, jako jedna z podstaw utajnionych informacji:}

Odwołujący podniósł, że niezależnie od powyższego utajnione przez Konsorcjum Warbud i Konsorcjum Mostostal dokumenty będą podlegały ujawnieniu również z mocy ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej {t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 782, z późn. zm.; dalej również: „ustawa o dostępie do informacji publicznej” lub „udip”}.

Odwołujący wskazał, że delegacja do uchwalenia ww. ustawy wprost jest zawarta w art. 61 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Art. 61. 1. Obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. 2. Prawo do uzyskiwania informacji obejmuje dostęp do dokumentów oraz wstęp na posiedzenia kolegiałnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów, z możliwością rejestracji dźwięku lub obrazu. 3. Ograniczenie prawa, o którym mowa w ust. 1 i 2, może nastąpić wyłącznie ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego,

10

Sygn. akt 2708/15

bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa. 4. Tryb udzielania informacji, o których mowa w ust. 1 i 2, określają ustawy, a w odniesieniu do Sejmu i Senatu ich regulaminy.

Odwołujący uważa, że należy zgodzić się z poglądem zawartym w „Komentarzu do Konstytucji RP z 2.4.1997” autorstwa P. Winczorka, że przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej deklarują obywatelskie prawo do informacji o działalności organów władzy publicznej; dostęp obywateli do informacji jest warunkiem ich racjonalnego uczestnictwa w podejmowaniu decyzji w sprawach publicznych, a także ułatwia im społeczną kontrolę nad procesami sprawowania władzy (tamże: Wydawnictwo Liber 2000, s. 83).

Odwołujący dodał, że regulacja o dostępie do informacji publicznej opiera się z kolei na koncepcji prawa do informacji jako jednego z podstawowych praw podmiotowych człowieka, dlatego też w art. 1 ust. 1 udip wskazano wprost, że *każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie określonych w niniejszej ustawie*.

Informacją publiczną w rozumieniu udip jest każda wiadomość wytworzona przez szeroko rozumiane władze publiczne a także inne podmioty, które tę władzę realizują, bądź gospodarują mieniem lub majątkiem komunalnym lub samorządowym czy Skarbu Państwa. Niezależnie od powyższego informację publiczną stanowi także treść dokumentów urzędowych (w tym decyzji administracyjnych).

W orzecznictwie już dawno przesądzono, że decyzja o pozwoleniu na budowę czy decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, wydawana przez organ architektoniczno-budowlany (najczęściej wydział architektury i urbanistyki właściwej jednostki samorządu terytorialnego), stanowi informację publiczną w rozumieniu art. 1 ust. 1 i art. 6 udip (tak w wyroku WSA w Lublinie z 8 czerwca 2006 r., sygn. akt: II SAB/Lu 19/06).

Podobnie w innych orzeczeniach wskazuje się, że projekt budowlany jest dokumentem urzędowym w rozumieniu art. 6 ust. 2 udip (wyrok WSA w Lublinie z dnia 8

czerwca 2006 r., sygn. Akt: II SAB/Lu 19/06).

Jak wskazuje się natomiast w art. 5 ust. 3 udip {podkreślenie za odwołaniem}: *Nie można, z zastrzeżeniem ust. 1 i 2, ograniczać dostępu do informacji o sprawach rozstrzyganych w postępowaniu przed organami państwa, w szczególności w postępowaniu administracyjnym, karnym lub cywilnym, ze względu na ochronę interesu strony, jeżeli postępowanie dotyczy władz publicznych lub innych podmiotów wykonujących zadania publiczne albo osób pełniących funkcje publiczne – w zakresie tych zadań lub funkcji.*

Odwołujący wywiódł z powyższego, że informacja o rozstrzyganych przez organ administracji publicznej sprawach administracyjnych jest informacją o działalności organów publicznych w rozumieniu ustawy o dostępie do informacji publicznej. Natomiast same

11

Sygn. akt 2708/15

decyzje administracyjne, ze względu na fakt, że rozstrzygają indywidualne sprawy administracyjne, stanowią wprost dokumenty urzędowe w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 4 lit. a udip. Sam projekt budowlany natomiast podlega zatwierdzeniu: albo w samej decyzji o pozwoleniu na budowę (art. 34 ust. 4 Prawa budowlanego) albo w odrębnej decyzji (art. 34 ust. 5 Prawa budowlanego), poprzedzającej wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę. Projekt ten stanowi zatem integralną treść rozstrzygnięcia administracyjnego w indywidualnej sprawie (tak w wyroku WSA w Lublinie z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. akt: II SAB/Lu 19/06).

Odwołujący zaznaczył, że od osoby wykonującej prawo do informacji publicznej nie wolno żądać wykazywania interesu prawnego lub faktycznego, co oznacza, że informacja będzie jej udostępniona zawsze.

Odwołujący podsumował, że mając powyższe na uwadze, informacje, na których podstawie nastąpi projektowanie i uzyskanie decyzji administracyjnych nie mogą zostać utajnione.

*{4. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
jako jedna z podstaw utajnionych informacji.}*

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk: *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.*

Odwołujący podniósł, że jedynie informacje spełniające łącznie wszystkie trzy elementy definicyjne (tj. brak upublicznienia, określony charakter informacji i podjęte określone działania wykonawcy) mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa i utajnione. Według Odwołującego rozważyć zatem należy, czy informacje utajnione przez Konsorcjum Warbud i Konsorcjum Mostostal mogą korzystać z waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, co {jak zapowiedział} nastąpi poprzez poddanie analizie poszczególnych elementów definicyjnych i udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy zachodzą łącznie.

W pierwszej kolejności Odwołujący ponownie podniósł, że informacje podane przez konkurencyjnych wykonawców staną się punktem wyjścia dla projektowania, a następnie wszczęcia i przeprowadzenia postępowań administracyjnych, w ramach których zostaną one ujawnione i podane do publicznej wiadomości, gdyż brak jest podstaw prawnych i uzasadnienia dla ich utajnienia.

Odnosząc się do przesłanki informacji o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, Odwołujący wskazał, że elementem kluczowym jest tu umiejętność wykazania realnej wartości gospodarczej danej informacji. Według Odwołującego bez wątpienia wagi takiej nie

12

Sygn. akt 2708/15

mają informacje dotyczące zaprojektowania określonego rozwiązania, które ostatecznie i tak stanie się znane. Podane w ofertach dane wyjściowe do projektowania stanowią jedynie założenia do dalszego projektowania, bądź do uzyskania określonych parametrów technicznych czy użytkowych w przyszłości. Przykładowo informacji o tym, że dany wykonawca zakłada osiągnięcie określonego wskaźnika, czy innych zakładanych

parametrów użytkowych lub funkcjonalnych, jak w przedmiotowym zadaniu wskaźniki techniczne podlegające ocenie w kryterium pozacenowym, nie stanowi żadnej informacji, która miałaby jakąkolwiek wartość, chyba że wartością samą w sobie jest uniemożliwienie innym wykonawcom dostępu do danej informacji w celu uzyskania zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że w dotychczasowym orzecznictwie Izby wskazywano już na sytuację, gdy wykonawcy w sposób bezpodstawny nadużywają możliwości utajniania informacji zawartych w ofercie, traktując ją jako sposób zwalczania konkurencji. Odwołujący przytoczył m.in. w odwołaniu fragmenty uzasadnienia wyroku Izby z 26 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 100/12), wskazując również, że podkreślono w nim, że nie jest wystarczające wskazanie w wyjaśnieniach, że zastrzegane informacje zostały przygotowane specjalnie dla tego postępowania i zawierają dane o charakterze technologicznym i organizacyjnym, posiadają indywidualny charakter i stanowią know-how wykonawcy.

Odwołujący zaznaczył, że w celu wykazania się spełnieniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa nie wystarczy również powołanie się na orzecznictwo w tym zakresie, lecz rzeczywiste wykazanie spełnienia powyższych przesłanek w konkretnym stanie faktycznym. Według Odwołującego za niewystarczające należy uznać wyjaśnienia ww. Wykonawców, powołujących się w treści wyjaśnień na określone regulacje, jednak nieprzedstawiających w tym zakresie żadnych dowodów. Odwołujący dodał, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) *zamawiający winien zbadać skuteczność dokonanego przez oferenta (...) zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.*

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na to, że art. 8 ust. 3 ustawy pzp implementuje art. 6 dyrektywy europejskiej 18/2004. Jak słusznie zauważa Izba w wyroku z 18 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 59/12) Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TS) w swoich orzeczeniach dotyczących tej materii kładzie nacisk na zbilansowanie interesu wykonawcy w zachowaniu poufności pewnych informacji z koniecznością zapewnienia ochrony prawnej innym wykonawcom. Zamawiający dokonując badania zasadności utajnienia części oferty winien rozważyć, czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje mające co prawda charakter

Sygn. akt 2708/15

poufny, posiadają dla wykonawców wartość gospodarczą na tyle dużą, iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania

W ocenie Odwołującego zastrzeżenie przez konkurencyjnych wykonawców wszystkich informacji składających się na wymienione na wstępie odwołania załączniki miało na celu jedynie uniemożliwienie pozostałym wykonawcom dokonania oceny poprawności opisu i przeprowadzenia weryfikacji spełnienia oczekiwanych przez Zamawiającego założeń, w tym uniemożliwienie dokonania oceny poprawności zadeklarowanych w ofercie parametrów podlegających ocenie.

Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z utrwalonym poglądem orzecznictwa {w odwołaniu wskazano na wyroki Izby z: 4 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1016/12) oraz 9 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 385/12), opubl. na www.szukio.pl, według niego wydane w bardzo podobnym stanie faktycznym jak dla tej sprawy} wystąpienie takiej sytuacji uzasadnia żądanie nakazania Zamawiającemu uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez wykonawców informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego utajnienie tych załączników przez konkurencyjnych wykonawców stanowi przykład działania, które zmierza faktycznie do obejścia przepisów prawa, albowiem poprzez pozbawione konsekwencji dla wykonawcy wykorzystanie możliwości utajniania części ofert uzyskać można przewagę konkurencyjną. Natomiast tylko indywidualne dobrane rozwiązania stanowiące know-how wykonawcy mogą być przedmiotem poczynionych zastrzeżeń.

Odwołujący nadmieniał, że wobec powyższego ewentualne działania konkurencyjnych Wykonawców w celu zachowania poufności podanych informacji pozostają bez znaczenia i nie sposób uznać poprawności ich postępowania polegającego na utajnieniu przedmiotowych dokumentów.

16 grudnia 2015 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną pozostałym wykonawcom wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego wraz z kopią odwołania.

18 grudnia 2015 r. wpłynęły do Prezesa Izby zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego ze strony następujących wykonawców:

A. Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie

– po stronie odwołującego

B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Zabrze S.A. z siedzibą w Zabrzu, Linter S.A. z siedzibą w Wolbromiu

C. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A. z siedzibą w

14

Sygn. akt 2708/15

Warszawie, Transsystem sp. z o.o. z siedzibą w Woli Dalszej, Financing & Manufacturing & Know-how sp. z o.o. z siedzibą w Kraskowie
– po stronie zamawiającego.

Ponieważ powyższe przystąpienia zostały zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii stronom danego postępowania, a także nie zgłoszono co do nich opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia ich nieskuteczności.

Przystępujący po stronie Odwołującego wniósł o uwzględnienie odwołania, natomiast Przystępujący po stronie Zamawiającego – o oddalenie odwołania.

4 stycznia 2016 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

{I. Brak legitymacji do wniesienia odwołania}

Na wstępie Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie ma legitymacji do wniesienia Odwołania, gdyż zarówno on, jak i przystępujący po jego stronie Control Process kwestionują zasadność utajnienia części treści ofert pozostałych Wykonawców w sytuacji, gdy sami utajnił w swoich ofertach w dużym zakresie te same elementy oferty lub jeszcze szerszy zakres oferty.

Zamawiający podał, że Odwołujący utajnił: Załącznik nr 2B do Umowy, Załącznik nr 5 do Umowy, Załącznik nr 16 do Umowy (łącznie 880 str.). Natomiast Control Process utajnił: fragmenty formularza „Oferta”, Załącznik nr 12 do formularza „Oferta”, Załącznik nr 13 do formularza „Oferta”, Załącznik nr 16 do formularza „Oferta”, Załącznik nr 2B do Umowy, Załącznik nr 3 do Umowy, Załącznik nr 4 do Umowy, Załącznik nr 5 do Umowy, Załącznik nr 16 do Umowy i Załącznik nr 17 do Umowy (łącznie 685 str.)

Zamawiający powołał się na następujące stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z 29 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 1173/13): *Nie uznaje się, iż odwołujący wykonawca jest legitymowany do domagania się odtajnienia oferty konkurenta, jaka bezprawnie zastrzeżonej – godzącej w jawność postępowania o udzielenie zamówienia i prawa wykonawców do weryfikacji i ewentualnego kwestionowania dokumentów utajnionych, skoro w tym samym postępowaniu podejmuje identyczne czynności i zastrzeżenia względem własnej oferty, przywołując przy tym analogiczne uzasadnienie.*

Zamawiający dodał, że podobnie orzekła Izba w wyroku z 29 października 2014 r. (sygn. akt: KIO 2108/14, KIO 2112/14): *Jeżeli wykonawca w swojej ofercie zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje o takim samym charakterze, jakich ujawnienia żąda w ofertach konkurentów, odbiera mu to tym samym legitymację do podnoszenia zarzutów*

15

Sygn. akt 2708/15

wobec zamawiającego – naruszenia art. 8 ust i-3 p.z.p., jako zaniechania odtajnienia informacji i nośników tych informacji w postaci oznaczonych dokumentów innych uczestników przetargu.

{II. Przedwczesność Odwołania}

W drugiej kolejności Zamawiający podniósł, że odwołanie jest przedwczesne.

Zamawiający podał następujące okoliczności odnośnie przebiegu prowadzonego

postępowania:

- 30 listopada 2015 r. oferty złożyli następujący wykonawcy: 1) Konsorcjum Warbud, 2) Konsorcjum Mostostal, 3) Konsorcjum Erbud, 4) Control Process S.A, 5) konsorcjum w składzie: Famur Famak S.A. i Rafako S.A.;
- 1 grudnia 2015 r. (pismem znak 1245/2015) Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie złożonych ofert złożonych
- pismem z 2 grudnia 2015 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu kopie ofert w zakresie części jawnych;
- obecnie Zamawiający jest w trakcie badania i oceny złożonych ofert;
- części niejawne ofert liczą łącznie 2294 str., w tym obejmują szereg drobiazgowych rysunków technicznych.

Zamawiający podkreślił, że odwołanie przysługuje na jego czynność lub zaniechanie, a nie na czynność wykonawcy polegającą na zastrzeżeniu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stąd nie jest prawidłowe liczenie terminu na wniesienie odwołania jako terminu 10-dniowego od dnia otwarcia ofert.

Zamawiający podniósł, że ustawa pzp nie przewiduje w jakim trybie w i jaki sposób zamawiający ma dokonać odtajnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Z przepisów ustawy pzp wynika jednak, że weryfikacji prawidłowości uzasadnienia zamawiający dokonuje podczas badania i oceny ofert. Zamawiający podkreślił, że czynność badania zakresu objętego tajemnicą przedsiębiorstwa jest czynnością rozciągniętą w czasie i wymaga przeanalizowania szeregu istotnych i wrażliwych przestanków, aby ostatecznie podjąć decyzję o odtajnieniu bądź nie utajnionych informacji zawartych w ofertach wykonawców.

Zamawiający podkreślił także, że w prowadzonym postępowaniu części niejawne ofert są obszerne, a analiza ich treści – czasochłonna.

Zamawiający oświadczył, że dopiero po zakończeniu kompletnej procedury weryfikacji treści ofert wykonawców poinformuje wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu o swojej decyzji w zakresie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa odtajnione ofert. Według oraz ewentualnie udostępni części Zamawiającego dopiero na taką jego czynność będzie przysługiwało wykonawcom

16

Sygn. akt 2708/15

odwołanie.

Zamawiający podkreślił także, że badania i oceny ofert dokonuje Zamawiający, a nie wykonawca, i to Zamawiający ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowość swoich działań.

{III. Stanowisko odnośnie utajnionych części ofert}

Zamawiający – zastrzegając, że jest w trakcie badania zasadności zastrzeżenia właściwości uzasadnienia treści ofert – stwierdził, że na dzień dzisiejszy zastrzeżone przez Konsorcjum Warbud i Konsorcjum Mostostal fragmenty ofert mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa tych Wykonawców.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk 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,

Zamawiający powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z 7 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 341/14): *Zasada jawności postępowania nie może być interpretowana w ten sposób, że każdy wykonawca ma prawo wejścia w posiadanie wiedzy na temat rozwiązań technicznych innego podmiotu. Tym samym dążenie do zbudowania przewagi konkurencyjnej poprzez opracowywanie coraz lepszych rozwiązań konkurencyjnych w pełni uzasadniają podjęte działania, w celu ich ochrony przed ujawnieniem innym konkurującym wykonawcom.*

Zamawiający skonstatował, że zgodnie z jego wymaganiami określonymi w Części C.2. SIWZ – wymagania do sporządzenia Załącznika nr 2B do Umowy załącznik ten – Opis techniczny Przedmiotu Umowy – jest sporządzany przez wykonawcę i zawiera opis zaoferowanej przez niego technologii, urządzeń i sposób realizacji zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego wykonawcy zawarli w tym załączniku informacje o charakterze technologicznym i eksploatacyjnym, które niewątpliwie posiadają dla wykonawców wartość gospodarczą. Zamawiający dodał, że zgodnie z oświadczeniami Wykonawców informacje te nie są jawne i powszechnie dostępne. Są to indywidualne koncepcje wykonawców sposobu realizacji zamówienia, zawierające know-how wykonawcy i w sposób zindywidualizowany dobrane do potrzeb Zamawiającego określonych w SIWZ.

Zamawiający powołał się na to, że jak wskazała Izba w wyroku z 23 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2161/12): *informacjami zastrzeżonymi mogą być informacje zawarte w opisach technologii, zdjęciach urządzeń, nieudostępnionych ogółowi, a zawierających dane dotyczące technologii lub konstrukcji urządzenia oferowanego.*

Zamawiający podał, że Załącznik nr 3 do Umowy – Harmonogram Rzeczowo-

17

Sygn. akt 2708/15

Finansowy zawiera informacje określające czas i kolejność wykonywania poszczególnych prac, a także wycenę poszczególnych zakresów prac.

Zdaniem Zamawiającego informacje te niewątpliwie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Zamawiający podał, że w Załączniku nr 4 do Umowy – Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy wykonawca prezentuje sposób realizacji zamówienia, kolejność wykonywania poszczególnych robót, dostaw, z uwzględnieniem zaoferowanej technologii.

Według Zamawiającego dlatego też informacje te mogą podlegają ochronie jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający podkreślił, że sporządzając obydwie harmonogramy wykonawca musi uwzględnić własne know-how, w celu określenia zasobów ludzkich, organizacyjnych i finansowych, które warunkują sporządzenie prawidłowych harmonogramów. Stworzenie harmonogramów jest zależne od technologii oferowanej przez wykonawcę, jego zdolności wytwórczych i doświadczeń związanych z budową złożonych inwestycji w sektorze elektroenergetycznym.

Odnosząc się do obszernych wywodów Odwołującego dotyczących wymagań wynikających z Prawa budowlanego, Zamawiający podkreślił, że ani zamienny projekt budowlany, ani decyzja o pozwoleniu na użytkowanie nie zawierają informacji o technologii czy też urządzeniach, jakie zostały zastosowane w układzie nawęglania.

Zgodnie z przywołanym przez Odwołującego art. 34 ust. 3 pkt 2 Prawa budowlanego projekt budowlany powinien zawierać projekt architektoniczno-budowlany, określający funkcję, formę i konstrukcję obiektu budowlanego, jego charakterystykę energetyczną i ekologiczną oraz proponowane niezbędne rozwiązania techniczne, a także materiałowe, ukazujące zasady nawiązania do otoczenia. Projekt budowlany nie zawiera natomiast rozwiązań technologicznych czy też spisu zainstalowanych urządzeń. Również rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. poz. 462, z późn. zm.) nie zawiera dodatkowych wymagań dotyczących projektu budowlanego w zakresie oferowanej technologii lub urządzeń. Także do wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie nie załącza się tego typu informacji.

W świetle powyższego nieuzasadnione jest stwierdzenie Odwołującego, że skoro w przyszłości wykonawca zamieści dokumentację w zamiennym projekcie budowlanym dla uzyskania zmiany pozwolenia na budowę, powinien odtajnić dokumenty zamieszczone w ofercie. W opinii Zamawiającego zakres informacji w Załączniku nr 2B do Umowy zawartych w ofertach Konsorcjum Warbud i Konsorcjum Mostostal i objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa (w tym szczegółowe informacje zawierające know-how

18

Sygn. akt 2708/15

Wykonawców) jest zdecydowanie szerszy niż wymaga Prawo budowlane i rozporządzenia wykonawcze odnośnie zawartości projektu budowlanego.

Zamawiający dodał, że z jego wieloletniego doświadczenia wynika, że dokumenty techniczne zawarte w ofertach oraz w dokumentach stanowiących projekt budowlany są

zasadnicze różne pod względem szczegółowości przedstawiania rozwiązań technicznych. W dokumentacji, która ma służyć uzyskaniu ewentualnego zamiennego pozwolenia na budowę oraz innych postępowaniach administracyjnych (w tym środowiskowych) rozwiązania technologiczne oraz budowlane są przedstawiane w sposób uproszczony i nie zawierają tak szczegółowych informacji, jakich podania wymagał Zamawiający w przygotowywanych ofertach, niezbędnych mu do prawidłowej oceny tych ofert.

Zamawiający podniósł, że nawet gdyby przyjąć, że pewna części informacji zawartych w częściach niejawnych ofert Konsorcjum Warbud i Konsorcjum Mostostal zostanie w pewnej mierze ujawniona podczas opracowywania zamiennego projektu budowlanego, należy przywołać wyrok Izby z 6 lipca 2015 r. (sygn. akt: KIO 1239/15, KIO 1243/15, KIO 1245/15): Informacja o przebadanych składach zestawu mufowego posiada znaczenie gospodarcze, a także nie jest wcale informacją powszechnie udostępnianą i znaną. Jej wartość gospodarcza przejawia się m.in. w nieujawnianiu jakie dokładnie urządzenia z potencjalnej oferty przedsiębiorcy (a nie tylko ich typoszeregi) zostały przebadane na okoliczność zgodności z normami i jakimi możliwościami rynkowymi w tym zakresie wykonawca dysponuje. Ich dokładny skład na etapie ofertowania nie jest też wcale jawny, a oceny charakteru informacji na ten temat nie zmienia fakt, że stanie się on jawny w razie ewentualnego uzyskania zamówienia i realizacji dostaw. Powyższe ma jedynie potencjalny charakter i jak najbardziej nie przekreśla zasadności ochrony informacji przez wykonawcę, gdy zamówienia jeszcze nie otrzymał i możliwe, że nie otrzyma. Wykonawca może godzić się z ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa w zamian za uzyskanie zamówienia, nie musi jednak być narażony na powyższe jedynie w związku z samym udziałem w postępowaniu. Zamawiający dodał, że w wyroku z 6 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 1032/14) Izba stwierdza: *Fakt, że w przyszłości na etapie realizacji zamówienia publicznego skład osobowy zespołu realizującego usługę może stać się jawny nie powoduje automatycznie, że odpada możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można odmówić wykonawcy prawa do decydowania, w jakim momencie będzie on gotowy do ujawnienia sposobu doboru osób do realizacji zamówienia.*

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

19

Sygn. akt 2708/15

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Zamawiającego, uwzględniając Odwołującego i Przystępujących) postępowania odwoławczego, zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia zgłoszeniach i stanowiska zawarte odpowiedzi na odwołanie, w odwołaniu, przystąpień, piśmie Konsorcjum Warbud z 5 stycznia 2015 r., piśmie Konsorcjum Mostostal z 4 stycznia 2015 r., piśmie Control Process z 4 stycznia 2015 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę.

Ponadto Odwołujący wskazał, że domaga się ujawnienia treści ofert wykonawców sklasyfikowanych na wyższych niż on miejscach, aby móc poddać je kontroli, a następnie –

w razie dopatrzenia się nieprawidłowości – skorzystać ze środków ochrony prawnej, co w konsekwencji może doprowadzić go do uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby antycypowanie przez Odwołującego, jak zostaną sklasyfikowane oferty, nie stoi na przeszkodzie stwierdzeniu, że na tym etapie postępowania o udzielenie wykazał w wystarczający sposób uszczerbek, jaki może ponieść w związku z zarzucanym Zamawiającemu zaniechaniem udostępnienia ofert złożonych przez Konsorcjum Warbud i Konsorcjum Mostostal.

Odwołujący powołał się również na następującą tezę z uzasadnienia wyroku Izby z 9 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1493/08): *Interes prawny może być rozumiany, bądź jako możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego (interes prawny sensu stricto) lub mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącym*

20

Sygn. akt 2708/15

do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem. nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo).

Natomiast w ocenie Izby stanowisko Zamawiającego, który zresztą nie wskazuje w nim na art. 179 ust. 1 pzp, w istocie nie odnosi się do legitymacji do wniesienia odwołania w rozumieniu tego przepisu. Stanowi natomiast wyraz negatywnej oceny skuteczności podniesienia zarzutów dotyczących utajnienia ofert przez innych wykonawców w sytuacji, gdy wnoszący odwołanie również utajnił swoją ofertę w analogicznym zakresie.

Izba ustaliła uzupełniając w stosunku do okoliczności faktycznych podanych w odwołaniu lub w odpowiedzi na odwołanie, co następuje:

Pismem z 1 grudnia 2015 r. (L.Dz. 1245/2015) Konsorcjum Erbud zwróciło się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie wszystkich ofert, które zostały złożone w przedmiotowym postępowaniu, precyzując, że wnosi o udostępnienie skanów ofert w pełnym zakresie.

Pismem z 2 grudnia 2015 r. Zamawiający odpowiedział, że przesyła w załączeniu skany części jawne złożonych ofert.

Zarówno Konsorcjum Warbud, jak i Konsorcjum Mostostal w części jawnej oferty zawarły uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawartych w części niejawnej oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując że czynią to zgodnie z dyspozycją art. 8 ust. 3 ustawy pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że z uwagi na ustalone powyżej okoliczności faktyczne odwołanie nie jest przedwczesne, a stanowisko Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie jest niespójne ze sposobem, w jaki załatwił wniosek Konsorcjum Erbud o dostęp do całości ofert złożonych w postępowaniu. Udostępnienie przez Zamawiającego wyłącznie ofert w zakresie nieutajnionym przez składających je wykonawców, bez jednoczesnego wskazania, że w pozostałym zakresie rozstrzygnie wnioski w terminie późniejszym (np. wraz z rozstrzygnięciem postępowania), należało poczytać za podjęcie decyzji o podtrzymaniu poczynionych w ofertach zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak trafnie wskazano w uzasadnieniu wyroku Izby z 21 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO: 1401/15, KIO

21

Sygn. akt 2708/15

1403/15, publ. Lex nr 1816540): *Skoro oferty są jawne od chwili ich otwarcia (art. 96 ust. 3 p.z.p.), a zamawiający na wniosek wykonawcy w przedmiocie udostępnienia ofert, komunikuje wykonawcy, że przysługuje mu prawo do wglądu jedynie w części jawnej,*

z wyłączeniem części zastrzeżonej, to należy uznać, że zamawiający wyartykułował swoją decyzję i stosunek wobec zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i od tej daty należy liczyć termin do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 p.z.p. Należy zauważyć, że podobne stanowisko wynika również z obszernych fragmentów uzasadnień innych wyroków Izby {z 22 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1596/14) i z 12 listopada 2013 r. (sygn. akt KIO 1518/13), z 15 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO 1380/14)}, które zostały zacytowane i przywołane w odpowiedzi na odwołanie.

Na marginesie należy zauważyć, że w dacie wniesienia odpowiedzi na odwołanie, co nastąpiło ponad miesiąc po otwarciu ofert, argumentacja Zamawiającego o braku czasu na zbadanie zasadności utajnienia ofert z uwagi na ich obszerność jest nieprzekonująca.

W drugiej kolejności konieczne stało się zaznaczenie, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp sprawa została rozpoznana w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów. Zgodnie z tym przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale (przede wszystkim) jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}. Tym bardziej nie stanowi sprecyzowania zarzutu poprzestanie na obszernym przywoływaniu i cytowanie wypowiedzi orzecznictwa, jeżeli nie wiadomo, jaki miałyby to mieć związek ze sprawą, z uwagi na brak podania okoliczności dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

W tej sprawie, jak to powyżej zrelacjonowano, w odwołaniu naruszenia art. 8 ust. 2 ustawy pzp upatrywano w istnieniu przepisów rangi ustawowej (Kodeks postępowania administracyjnego, Prawo budowlane, ustawa o dostępie do informacji publicznej), a nawet rangi konstytucyjnej, które nakazują udostępnienie informacji utajnionych przez Konsorcjum Warbud i Konsorcjum Mostostal. Z kolei treścią zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 pzp – na wstępie odwołania określonego jako zaniechania ujawnienia tych informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa – według uzasadnienia odwołania jest brak spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż zostaną one ujawnione i nie mogą mieć wartości gospodarczej, skoro na mocy tych przepisów rangi ustawowej i konstytucyjnej zostaną ujawnione. Deklarowana analiza

22

Sygn. akt 2708/15

charakteru zastrzeżonych informacji przez pryzmat tych przesłanek sprowadza się zatem w istocie do ponownego wskazania na istnienie innych niż art. 11 ust. 4 uznk przepisów. Ponadto w odwołaniu podniesiono, że utajnienie przez Konsorcjum Warbud i Konsorcjum Mostostal części ofert zmierza faktycznie do obejścia przepisów prawa, gdyż ma na celu jedynie uniemożliwienie innym wykonawcom weryfikacji zgodności tych ofert z wymaganiami s.i.w.z.

Pomimo obszerności uzasadnienia odwołania zawarte w nim okoliczności dotyczące kwestionowanej czynności Zamawiającego w żaden sposób nie odnoszą się do tego, czy i w jaki sposób Konsorcjum Warbud i Konsorcjum Mostostal uzasadniły poczynione zastrzeżenia części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponieważ w odwołaniu nie zakwestionowano czynności Zamawiającego przez pryzmat tych uzasadnień, o których istnieniu niejasno wspomniano w jednym zdaniu (jako o wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawców), próbę podniesienia takiego zarzutu na rozprawie uznano za spóźnione {bo z przekroczeniem terminu na wniesienie odwołania} i bezskuteczne {według art. 192 ust. 7 pzp} wykroczenie poza granice zarzutów zawartych w odwołaniu. Podobnie jak i stanowisko Przystępującego Control Process wyrażone w piśmie złożonym na posiedzeniu, które w znacznej części poświęcone zostało polemice z uzasadnieniem podanym w ofercie Konsorcjum Mostostal. Treść tego pisma doskonale uwidocznia, że takich okoliczności odwołanie nie zawiera, choć nie było żadnych przeszkód, aby je podnieść przy formułowaniu zarzutów, skoro mógł to uczynić Przystępujący, a Odwołujący, jak sam wskazał, uzyskał dostęp do części jawnej ofert 4 grudnia 2015 r. i poddawał je analizie. Przystępujący może jedynie popierać zarzuty zawarte w odwołaniu, nie ma natomiast uprawnienia formułowania nowych i odmiennych zarzutów.

Reasumując, z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp zarzuty sprecyzowane w uzasadnieniu odwołania zostały rozpoznane w takim zakresie, w jakim zostały podniesione, czyli biorąc pod uwagę opisane w odwołaniu okoliczności faktyczne dotyczące skarżonej czynności Zamawiającego.

Pozostaje zatem do rozstrzygnięcia, czy informacje zastrzeżone w ofertach przez Konsorcjum Warbud i Konsorcjum Mostostal nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na wskazane w odwołaniu przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego, Prawa budowlanego i ustawy o dostępie do informacji publicznej (w kontekście gwarantowanego konstytucyjnie prawa obywatela do informacji). Zaznaczyć przy tym należy, że powyższy zarzut w odwołaniu został sprecyzowany w stosunku do opisu technicznego zawartego w załączniku nr 2b do umowy, a nie do załączników do umowy obejmujących wymagane przez Zamawiającego harmonogramy.

23

Sygn. akt 2708/15

Odwołujący jako podstawę żądania ujawnienia załącznika nr 2B (zawierającego opis techniczny przedmiotu umowy) wskazuje art. 73 i 74 kpa. Jednak już z samej treści zacytowanego w odwołaniu przepisu wynika, że jawność akt sprawy administracyjnej dotyczy wyłącznie stron postępowania administracyjnego. Nie zaprzeczył temu sam Odwołujący, który sam stwierdził, że w trakcie postępowania o uzyskanie decyzji administracyjnych stronom będzie przysługiwało prawo wglądu do wszelkich załączników do wniosków o ich wydanie (str. 8 odwołania).

Zauważyć przy tym należy, że zgodnie z art. 28 kpa stroną jest każdy, czyjego interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie albo kto żąda czynności organu ze względu na swój interes prawny lub obowiązek. Jednocześnie pojęcie strony na gruncie Prawa budowlanego ma autonomiczny charakter, skoro według art. 28 ust. 2 PrBud stronami w postępowaniu w sprawie pozwolenia na budowę są: inwestor oraz właściciele, użytkownicy wieczystości lub zarządcy nieruchomości znajdujących się w obszarze oddziaływania obiektu.

Ponadto według kpa nawet strona może nie mieć dostępu do akt administracyjnych, jeżeli zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – przywołany w odwołaniu art. 74 §1 kpa wprost stanowi, że art. 73 kpa nie stosuje się innych akt, które organ administracji publicznej wyłączy ze względu na ważny interes państwowy. Na tej podstawie akta zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być wyłączone przez organ administracyjny spod udostępnienia nawet podmiotowi mającemu status strony tego postępowania, co potwierdza orzecznictwo sądów administracyjnych. Przykładowo Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 8 listopada 2013 r. (sygn. akt VII SA/Wa 1401/13, Lex nr 1710684) zgodził się ze stanowiskiem organu administracji publicznej (Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego), że informacje zastrzeżone przez stronę postępowania jako tajemnica przedsiębiorstwa nie mogą być udostępnione innej stronie, gdyż sprzeciwia się temu ważny interes państwowy {por. również wyrok tego sądu z 13 stycznia 2014 r. (sygn. akt VII SA/Wa 1950/13), Lex nr 17106848}.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie tracą takiego waloru na skutek uzyskania do nich dostępu przez stronę postępowania administracyjnego. Jak zauważyła Izba w uzasadnieniu wyroku z 9 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 385/12: *W ocenie Izby zasługuje na uwzględnienie stanowisko uczestnika postępowania, że informacje przekazywane w toku postępowania o wydanie decyzji administracyjnych, itp. nie stanowią udostępnienia informacji do ogólnej wiadomości. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 28 października 2005 r., sygn. akt VI SA/Wa 1010/05 (Lex nr 191305) orzekł, że ujawnienie stronie prawa wglądu do akt obejmujących tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi jeszcze ujawnienia informacji w niej zawartych do publicznej wiadomości...*

24

Sygn. akt 2708/15

Izba podziela ocenę Przystępującego Konsorcjum Mostostal, że pogląd prezentowany przez Odwołującego jest zupełnie nieracjonalny, gdyż zakłada, że: z jednej

strony – system prawny chroni w szczególności sposób tajemnicę przedsiębiorstwa (np. w postępowaniach przetargowych prowadzonych na podstawie ustawy pzp), natomiast z drugiej – nie daje żadnej gwarancji ochrony w innych postępowaniach (np. administracyjnych). Tego typu wykładnia prowadzi do absurdalnych wniosków, gdyż przeczy spójności systemu prawa, a w konsekwencji nie zasługuje na aprobatę.

Z art. 33 ust. 5 Prawa budowlanego wynika jedynie, że projekt budowlany i inne dokumenty, o których mowa w ust. 2-4, zawierające informacje niejawne mogą być za zgodą właściwego organu przechowywane przez inwestora.

Przed wszystkim Odwołujący nie wykazał, że wniosek o pozwolenie na budowę zawierać będzie wszystkie informacje zawarte w załączniku nr 2B – opisie technicznym przedmiotu umowy.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego obowiązek taki nie wynika z zacytowanych w odwołaniu art. 33 ust. 2 pkt 1 i 34 ust. 3 Prawa budowlanego. Z pierwszego z tych przepisów wynika jedynie, że wniosek ma zawierać projekt budowlany wraz z opiniami, uzgodnieniami, pozwoleniami i innymi dokumentami wymaganymi przepisami szczególnymi. Natomiast drugi przepis nakazuje zawrzeć w projekcie obrys i układy projektowanych obiektów budowlanych oraz dane architektoniczno-budowlane. Zakres rozwiązań technicznych i materiałowych, jakie muszą być zawarte w projekcie, wynika z samej definicji projektu architektoniczno-budowlanego – są to dane dotyczące budynku, tj. materiały budowlane, jakie zostaną użyte do budowy budynku. W projekcie architektoniczno-budowlanym nie podaje się informacji technologicznych dotyczących urządzeń, jakie zostaną zamontowane w budynku, natomiast podaje się jedynie ogólne informacje, że np. w jakimś miejscu projektowanego budynku będzie stało urządzenie służące do pewnych celów. W projekcie podawane są wyłącznie dane konieczne do analizy poprawności zaprojektowania konkretnego budynku z uwagi na jego przeznaczenie i spełnienie norm budowlanych wynikających z odrębnych przepisów. Odwołujący dokonuje dowolnej i nieuprawnionej wykładni rozszerzającej art. 34 ust. 3 Prawa budowlanego.

Tymczasem nie zostało podważone twierdzenie Zamawiającego i Przystępujących po jego stronie, że załącznik nr 2B zawiera znacznie bardziej szczegółowe informacje niż konieczne do przedstawienia w projekcie budowlanym.

Zgodnie z lit. B Załącznika B.3 – Wymagania odnośnie zawartości cz. technicznej Oferty (str.3 z 37) oferta techniczna (Opis Techniczny Przedmiotu Umowy) zawiera: Rozdział 1 – Rozwiązania techniczne Przedmiotu Umowy, Rozdział 2 – Wstępny Projekt

Sygn. akt 2708/15

Organizacji Przedsięwzięcia, Rozdział 3 – Informacja o sposobie realizacji dostaw, robót budowlano-montażowych i usług, Rozdział 4 – Oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu wymagań technicznych Zamawiającego, e. Rozdział 5 Normy i przepisy. W rezultacie techniczna część oferty obejmuje między innymi szczegółowy opis procesu technologicznego wraz z doбором właściwych urządzeń oraz prezentacją unikalnych rozwiązań technicznych i ochrony środowiska (między innymi zabezpieczenie przed hałasem, zagospodarowanie odpadów, wielkość emisji itp.). Zawarte są tutaj również materiały organizacyjne przedsiębiorstwa, wykorzystywane przy organizacji projektu, takie jak programy zarządzania i kontroli, procedury dostaw i zakupów, kontrola dokumentów i dokumentacji, testy i inspekcje itp., które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący w sposób wybiórczy zacytował oraz skomentował przepisy i orzeczenia dotyczące problematyki dostępu do informacji publicznej jako potwierdzające przyjętą przez niego tezę. Jednakże analiza tych przepisów prowadzi do wniosku, że informacje zastrzeżone przez jako tajemnica przedsiębiorstwa nie będą mogły zostać na późniejszym etapie ujawnione na w trybie dostępu do informacji publicznej.

Przed wszystkim prawo dostępu do informacji publicznej nie ma charakteru absolutnego i podlega ograniczeniu ze względu na tajemnicę ustawowo chronioną, o czym stanowi przywołany w odwołaniu art. 61 ust. 3 Konstytucji RP, zgodnie z którym prawo dostępu do informacji publicznej podlega ograniczeniu m.in. ze względu na określoną w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych. Konkretyzację tej normy konstytucyjnej zawierają m.in. art. 5 ust. 1 i 2 u.d.p., które określają przesłanki odmowy dostępu do informacji publicznej. Z przepisów tych wynika, że prawo do

informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych, a także między innymi ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy. Podnoszony przez Odwołującego art. 5 ust. 3 udip wprost wskazuje, że nie znajdzie w takim przypadku zastosowania. Jeżeli dany dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nie podlega udostępnieniu nawet w sytuacji, w której stanowiłby informację publiczną.

Istnienie ograniczeń prawa dostępu do informacji publicznej ze względu na ochronę tajemnic ustawowo chronionych jest również powszechnie przyjęte w orzecznictwie sądów administracyjnych. Za reprezentatywne w tym zakresie można uznać, m.in. następujące orzeczenia:

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 16 kwietnia 2014 r. (sygn. akt I OSK 2339/13): *Informacja publiczna odnosząca się do danych przedsiębiorcy podlega zatem udostępnieniu tylko w sytuacji, gdy nie jest objęta ochroną wynikającą z art. 5 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej*

26

Sygn. akt 2708/15

konkurencji. Każda więc nieujawniona do wiadomości publicznej informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inna informacja posiadająca wartość gospodarczą, co do której przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności powinna być, przed jej udostępnieniem w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, indywidualnie oceniona pod kątem zakwalifikowania jej jako tajemnicy przedsiębiorcy. Nie ma podstaw prawnych do przyjęcia, że już samo zakwalifikowanie informacji dotyczącej przedsiębiorcy jako informacji publicznej pociąga za sobą obowiązek jej udostępnienia.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 18 lutego 2014 r. (sygn. akt I OSK 2093/13): *Przyjęcie, że dane informacje stanowią informację publiczną, nie wyklucza, że w treści poszczególnych objętych wnioskiem dokumentów znajdują się takie informacje, których ujawnienie na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej podlegać będzie ograniczeniu czy wyłączeniu. W zależności od wyników przeprowadzonego postępowania, adresat wniosku może zatem rozpatrzyć wniosek pozytywnie, udostępniając informację publiczną, może także ograniczyć do niej dostęp, np. ze względu na prywatność osoby fizycznej, ewentualnie z innych powodów, o których stanowi ustawa, co w praktyce może oznaczać udostępnienie treści dokumentu odpowiednio zanonimizowanego, względnie – może także załatwić wniosek negatywnie, odmawiając udostępnienia informacji z uwagi na ochronę informacji niejawnych lub innych tajemnic ustawowo chronionych, o czym stanowi art. 5 ustawy o dostępie do informacji publicznej, lub umorzyć postępowanie na podstawie art. 14 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej.*

W rezultacie dla rozstrzygnięcia tej sprawy nie ma więc znaczenia, czy dokumenty zastrzeżone przez Konsorcjum Warbud i Konsorcjum Mostostal mogą mieć w przyszłości charakter informacji publicznej, gdyż i tak nie będą podlegały udostępnieniu w trybie dostępu do informacji publicznej, ze względu na art. 5 ust. 2 udip., tj. ochronę tajemnicy przedsiębiorstw Wykonawców.

Na marginesie należy zauważyć, że nie podlegająca ujawnieniu w trybie dostępu do informacji publicznej tajemnica przedsiębiorcy, o której mowa w art. 5 udip jest rozumiana szerzej niż tajemnica przedsiębiorcy, o której mowa w art. 11 ust. 4 uznk, na co zwrócił uwagę Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z 5 maja 2015 r. (sygn. akt II SA/Wa 2268/14): *Tajemnicę przedsiębiorcy wyprowadza się z tajemnicy przedsiębiorstwa i pojęcia te w zasadzie pokrywają się zakresowo, chociaż tajemnica przedsiębiorcy w niektórych sytuacjach może być rozumiana szerzej. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią więc informacje znane jedynie określonej grupie osób i związane są z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich poufności (nie jest wymagana przesłanka gospodarczej wartości informacji, jak przy*

27

Sygn. akt 2708/15

tajemnicy przedsiębiorstwa). Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia

rzeczywistą wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Utrzymanie danych informacji jako tajemnicy wymaga więc podjęcia przez przedsiębiorcę działań zmierzających do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań.

Zarzuty są wreszcie niewiarygodne, biorąc pod uwagę, że zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący Control Process również utajnili informacje, które rzekomo według odwołania nie mogą mieć takiego waloru z mocy prawa. Co więcej Odwołujący utajnił, jako jedyny spośród uczestników postępowania odwoławczego, deklarowane wskaźniki, które są oceniane w ramach drugiego kryterium oceny ofert. Natomiast uzasadnienia podane przez uczestników postępowania odwoławczego prowadzą do wniosku, że istnieje pomiędzy nimi konsensus, że część techniczna oferty składanej w tym postępowaniu zawiera informacje mające walor tajemnicy ich przedsiębiorstw w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zauważyć należy, że w orzecznictwie Izby wskazuje się, że pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie: *Jednocześnie w doktrynie przyjmuje się, że pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie. Podkreśla się, że w zakresie przedmiotowego pojęcia mieści się każde naruszenie cudzej poufnej informacji, która wpływa na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym, lub której naruszenie stanowi wymierną szkodę dla danego przedsiębiorcy* {wyrok z 16 października 2014 r. (sygn. akt KIO 1977/14)}. O wartości gospodarczej informacji zastrzeżonych przez Przystępujących Konsorcjum Warbud i Konsorcjum Mostostal najlepiej potwierdza fakt, że również Odwołujący i Przystępujący Control Process zastrzeżli analogiczne informacje jako tajemnicę swoich przedsiębiorstw. Wykonawcy profesjonalnie oferujący tego typu rozwiązania techniczne zgodnie uznają, że przedstawiają one dla nich taką wartość gospodarczą, że nie chcą ujawniać informacji na ich temat konkurencyjnym podmiotom.

W tym kontekście dowody złożone przez Przystępującego Konsorcjum Warbud (1) klauzula poufności zawarta w § 7 ust. 2 umowy konsorcjum z 9 listopada 2015 r., 2) protokół z posiedzenia zarządu Warbud 10 stycznia 2014 r. zawierający *Uchwałę nr 1 w przedmiocie ustanowienia zasad ochrony informacji poufnych w spółce Warbud SA*, 3) oświadczenie FMK sp. z o.o. z 21 grudnia 20145 r.) i Przystępującego Konsorcjum Mostostal (klauzula poufności zawarta w § 10 umowy konsorcjum z 13 sierpnia 2015 r.) jedynie potwierdzają okoliczności wskazane przez nich uprzednio w uzasadnieniu zawartym w ofercie, którego adekwatności nie została w ogóle objęta zarzutami odwołania.

28

Sygn. akt 2708/15

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący:

.....

.....

29