Sygn. akt: KIO 2121/16

WYROK
z dnia 22 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2016 r. przez wykonawcę **EthosEnergy sp. z o.o. we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. w** Świerżach **Górnych**

przy udziale wykonawcy **GE Power sp. z o.o. w Warszawie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **EthosEnergy sp. z o.o. we Wrocławiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EthosEnergy sp. z o.o. we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania.

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 **Radomiu.**

Przewodniczący: ……..…

Członkowie: ……..……..

……..……..

Sygn. akt: KIO 2121/16

Uzasadnienie

Zamawiający – ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. w Świerżach Górnych – 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 „wykonanie modernizacji turbozespołów bloków nr 9 i 10 o mocy 560 MW".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 maja 2016 r., nr 2016/S 094-168796.

27 października 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę EthosEnergy sp. z o.o. we Wrocławiu, zwanego dalej „odwołującym", o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę GE Power sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym".

Wobec:

1) czynności uznania wyjaśnień złożonych przez przystępującego w dniu 19 października 2016 r. za skuteczne uzupełnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;
2) zaniechania czynności uznania zastrzeżenia przez przystępującego części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako bezskutecznego,
3) zaniechania udostępnienia odwołującemu części oferty przystępującego nieskutecznie zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności załącznika nr 21 oferty przystępującego (w tym także załączników 21A-21G)

odwołujący wniósł 7 listopada 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1-3 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu uznania czynności zastrzeżenia przez przystępującego części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako bezskutecznego i udostępnienia odwołującemu tej części oferty przystępującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że przystępujący zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

1) załącznik nr 21 do oferty - oferta techniczna - strona 296-311;
2) załącznik nr 21-A do oferty - sprawozdanie EL. Kozienice bl.3 - strona 312-377;
3) załącznik nr 21-B do oferty - sprawozdanie El. Kozienice bl.6 - strona 378-430;
4) załącznik nr 21-C do oferty - sprawozdanie El. Połaniec bl.4 - strona 431-478;
5) załącznik nr 21-D do oferty - sprawozdanie E. Ostrołęka bl.2 - strona 479-548;
6) załącznik nr 21 -E do oferty - zgoda dla firmy Inwat - strona 549;
7) załącznik nr 21-F do oferty - zgoda dla firmy Energopomiar - strona 550-552;

8) załącznik nr 21-G do oferty - zgoda dla firmy Energopomiar - strona 553-555.

Odwołujący wskazał, że w wyroku z 30 września 2016 r., sygn. KIO 1743/16 Izba uwzględniła odwołanie odwołującego wskazując w sentencji, iż „uwzględnia *odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy GE Power sp. z o. o. w Warszawie do wyjaśnienia, jaką wartość gospodarczą posiadają informacje zastrzeżone przez niego w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa".* W treści uzasadnienia wyroku z 30.IX Izba wskazała m.in., iż „Izba *dokonała analizy uzasadnienia zastrzeżenia poczynionego przez przystępującego i stwierdziła,* że *odwołujący prawidłowo dostrzegł, iż przystępujący nie sprostał obowiązkowi wykazania,* że *zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą* (...) *w rozpatrywanej sprawie przystępujący nie wskazał zamawiającemu, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego,* że *zastrzegane informacje pozostaną poufne. Tym samym zamawiający, którego zadaniem była ocena czy przystępujący wykazał ten fakt, nieprawidłowo ocenił przesłanki skuteczności zastrzeżenia".*

Odwołujący argumentował także, że Izba wskazała również, iż „w *okolicznościach danej sprawy przedwczesnym byłoby nakazywanie zamawiającemu odtajnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego. Prawdą jest, iż wobec treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i zakreślonego w tym przepisie terminu, w jakim wykazanie musi nastąpić, absolutnie niedopuszczalne jest uzupełnienie uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia".*

Odwołujący wywiódł, że 19 października 2016 r. przystępujący udzielił wyjaśnień w zakresie wartości gospodarczej zastrzeżonej przez siebie części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Następnie odwołujący dwukrotnie zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie mu zastrzeżonej przez przystępującego części oferty - najpierw określając dokumentację jako korespondencja, a następnie doprecyzował żądanie poprzez wskazanie właściwego załącznika - z uwagi na fakt, iż – jego zdaniem – przystępujący nieskutecznie dokonał zastrzeżenia tej części oferty, jako tajemnica przedsiębiorstwa, co miało wynikać z wyroku w sprawie KIO 1743/16. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu wnioskowanych dokumentów.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z wyrokiem Izby z 30.IX.2016 r. zamawiający zobowiązany był wezwać do wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, nie zaś do uwzględnienia tych wyjaśnień. Wywodził, że zamawiający oceny skuteczności wyjaśnień przystępującego powinien dokonać w oparciu o obowiązujące przepisy Pzp, co ma odniesienie do każdej innej czynności w postępowaniu, gdyż jest do tego bezwzględnie zobligowany. Zamawiający nie może selektywnie stosować przepisów Pzp, w zależności od ich swobodnej i arbitralnej interpretacji. Zdaniem odwołującego skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego, także w obliczu treści złożonych przez

przystępującego wyjaśnień w tym zakresie, powinna spełniać wszystkie przesłanki

wymagane dla skuteczności dokonywanego zastrzeżenia określone w szczególności w art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp. Ani zamawiający, ani KIO, ani odwołujący, ani żaden inny podmiot, nie może wpływać na obowiązek stosowania przepisów Pzp.

Odwołujący przyznał, że część okoliczności, które były już badane przez Izbę ma znaczenie również w niniejszej sprawie, co nie zmienia jednak faktu, iż przedmiotem obecnego odwołania są czynności i zaniechania dokonane przez zamawiającego po wyroku z 30.IX.2016 r. Odwołujący wskazał, że nie żąda dokonania czynności wbrew wyrokowi lub badania przez Izbę tych samych okoliczności, a wręcz przeciwnie, odwołujący domaga się wykonania ww. wyroku zgodnie z treścią uzasadnienia oraz bezwzględnego przestrzegania przepisów Pzp przez zamawiającego. Zamawiający, oceniając złożone wyjaśnienia zobligowany był do przestrzegania art. 8 ust 1-3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Czynność uznania wyjaśnień za skutecznych z pominięciem przepisów Pzp w tym zakresie stanowi naruszenie przepisów obowiązującego prawa. Żadne okoliczności nie mogą uzasadniać wybiórczości w stosowaniu przepisów prawa przez zamawiającego.

W nawiązaniu do powyższego odwołujący wskazał na treść art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Następnie podkreślił, że art. 8 ust. 3 Pzp zakreśla wyraźny termin, do upływu którego wykonawca ma możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Przywołał także definicję pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wywiódł, że aby dana część oferty przystępującego mogła być objęta zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, musi ona spełniać łącznie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk oraz jednocześnie, należy wykazać wystąpienie tych przesłanek równocześnie ze złożeniem oferty tj. w treści samej oferty.

Argumentował, że Izba w wyroku 1743/16 z oczywistych względów nie oceniała skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego po udzieleniu wyjaśnień przez przystępującego. Przed ich złożeniem Izba wskazała jedynie, że:
- „Konsekwencją *takiego stanu prawnego jest to,* że *nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny czy technologiczny; ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy, właśnie z tego powodu,* że *pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy* źródłem *jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów":*
- *Prawdą jest,* że *wobec treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i zakreślonego w tym przepisie terminu, w jakim wykazanie musi nastąpić, absolutnie niedopuszczalne jest uzupełnienie uzasadnienia skuteczności zastrzeżeń (…)",*
- „Tym *samym Izba, podzielając wprawdzie zarzut odwołującego co do niedostatecznego zbadania przez zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia informacji w*

ofercie przystępującego, nie będąc związana żądaniami *odwołania, nie przychyliła się do wniosku w zakresie nakazania odtajnienia informacji, uznając go za przedwczesny".*

Zdaniem odwołującego po udzieleniu wyjaśnień, zamawiający zobowiązany jest do ponownej oceny w zakresie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający winien zatem stwierdzić, czy wyjaśnienia można uznać za skuteczne w obliczu art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp.

Wywiódł, że przystępujący na stronie 260-261 swojej oferty nie wskazał w ogóle, jakiego rodzaju informacje zawarte są w zastrzeżonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty tj. czy są to informacje techniczne, czy też technologiczne, czy organizacyjne - właściwie przystępujący w ogóle nie odniósł się do charakteru zastrzeżonych informacji - przytoczył tylko ogólna formułkę. Ponadto nie wskazał, czy informacje te stanowią jakąkolwiek wartość gospodarczą oraz tego nie uzasadnił, co też poskutkowało uwzględnieniem przez KIO odwołania złożonego uprzednio przez odwołującego. Przystępujący nie wykazał w jakikolwiek sposób - poza ogólnikowym i gołosłownym twierdzeniem o abstrakcyjnej treści - że zastrzeżone informacje rzeczywiście spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Według odwołującego obowiązek ten przystępujący winien był wykonać najpóźniej do dnia składania ofert, a ponieważ mu nie zadośćuczynił (z czym KIO zgodziła się w wyroku o sygn. 1743/16) niezależnie od złożonych wyjaśnień, zastrzeżenie poczynione przez GE Power jest nieskuteczne i nie podlega konwalidacji. Na powyższe nie ma bowiem wpływu nakazanie przez KIO wezwania do wyjaśnień GE Power, gdyż wezwanie to miało jedynie

zadośćuczynić formalnie zasadzie równego traktowania wykonawców.

Skoro KIO w wyroku z 30.IX wskazała, że przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą, to zdaniem odwołującego, również w obliczu uzasadnienia ww. wyroku, nie sposób stwierdzić, że została ziszczona przesłanka umożliwiająca uznanie wyjaśnień jako skutecznych. Złożone wyjaśnienia nie stanowią bowiem faktycznie wyjaśnienia kwestii budzących wątpliwości, ale stanowią całkowicie nową argumentację dotyczącą wartości gospodarczej zastrzeżonych przez przystępującego informacji. Ponadto, nie sposób nazywać wyjaśnieniami faktyczne uzupełnianie oferty o zupełnie nowe argumenty i próbę omijania stosowania przepisów Pzp. Co jednak istotniejsze, wyjaśnienia same w sobie są gołosłowne i nie dowodzą, że zastrzeżone informacje rzeczywiście zawierają wartość gospodarczą. Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że przedstawione przez niego twierdzenia są zgodne z prawdą oraz że spełnione zostały wszystkie przesłanki niezbędne dla uznania skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uwzględnienie wyjaśnień przez zamawiającego, nie jest przestrzeganiem zasady równego traktowania wykonawców, gdyż prowadzi de facto do nierównego traktowania.

5

Odwołujący bowiem odwoływał się zasadnie od nieskuteczności pierwotnego zastrzeżenia, przystępujący natomiast nie skorzystał z przysługujących środków ochrony prawnej, kiedy to zamawiający uznał wyjaśnienia odwołującego. Złożenie wyjaśnień jest okolicznością uzasadniającą badanie skuteczności zastrzeżenia niejako ponownie, ale w oparciu o nowe okoliczności jakimi właśnie jest złożenie wyjaśnień.

Tak więc owszem, Izba nakazała wezwać do wyjaśnień (a nie bezrefleksyjnie je uwzględnić) w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego co do udowodnienia istnienia wartości gospodarczej, aby uczynić formalnie zadość zasadzie równego traktowania wykonawców, tym niemniej odwołujący wskazał, iż zdaniem odwołującego tak wyjaśnienia odwołującego (które - co istotne - nie były przedmiotem postępowania w sprawie KIO 1743/16), jak i wyjaśnienia złożone przez przystępującego powinny być oceniane przez zamawiającego na podstawie przepisów ustawy Pzp. Te zaś nie pozwalają zarówno na uzupełnianie tak wykazywania zasadności zastrzeżenia po terminie składania ofert, jak i nie pozwalają na dawanie wiary gołosłownym twierdzeniom danego wykonawcy w ramach składanych wyjaśnień. Tym samym, wyjaśnienia bez względu na dopuszczenie lub nie możliwości ich uzupełnienia, są nieskuteczne w kontekście uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący również miał możliwość odwoływać się od czynności uznania wyjaśnień odwołującego za skuteczne, czego nie uczynił, a zdaniem odwołującego, to właśnie w tym aspekcie należy oceniać zgodność z zasadą równego traktowania wykonawców. Każdy z wykonawców ma bowiem takie same uprawnienia i możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej. Skoro przystępujący tego nie uczynił, nie może za to odpowiedzialności ponosić odwołujący. Dopiero takie bowiem działanie, stanowiłoby o nierównym traktowaniu wykonawców. Na marginesie, dotychczasowa retoryka przystępującego, sprowadzała się właśnie do argumentów w rodzaju przerzucania odpowiedzialności za własne uchybienia na szukaniu pozornych analogii w sytuacji odwołującego.

Odwołujący wywodził, że jeśli przystępujący ma lub miał jakiekolwiek zastrzeżenia w odniesieniu do czynności lub zaniechań podejmowanych przez zamawiającego w stosunku do odwołującego i złożonej przez odwołującego oferty, (tak w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i wszelkich innych) to miało takie same uprawnienia we wnoszeniu środków ochrony prawnej od takich zaniechań i czynności jak i sam odwołujący. Odwołujący nie może być obarczany swego rodzaju winą za to, że przystępujący ze swoich ustawowych uprawnień nie korzysta. Zamawiający nie może zaś czynić z tego dowodu na okoliczność, że jego działania i zaniechania są zgodne z ustawą Pzp, bo traktuje wykonawców tak samo niezgodnie z przepisami.

6

Odwołujący wskazał, iż nie widział i nadal nie widzi również konieczności odnoszenia

się do „zarzutów” w stosunku do własnej oferty tak w sprawie o sygn. KIO 1743/16, jak i każdym innym. Odwołujący wskazuje, że fakt, iż odwołujący został wcześniej wezwany do uzupełnienia w zakresie wykazania zastrzeżenia, nie jest żadnym dowodem na to, że czynności zamawiającego w postępowaniu są prawidłowe. Tok rozumowania nie może sprowadzać się do tego, że równe traktowanie wykonawców polega na akceptowaniu „równo” niezgodnego z przepisami Pzp działania zamawiającego. Zasada równego traktowania wykonawców ziszcza się natomiast w momencie umożliwienia wykonawcom składania środków ochrony prawnej przez każdego z wykonawców, w stosunku do każdej niezgodnej z przepisami Pzp czynności lub zaniechania danego zamawiającego.

Odwołujący podniósł także, że wyjaśnienia przystępującego są czysto gołosłowne, bowiem przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na powołane w piśmie okoliczności. Nawet obszerne wyjaśnienia, bez dowodów, nie mają żadnego, a na pewno doniosłego znaczenia. Wykonawcy, zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp zobowiązani są do wykazania, że informacje przez nich zastrzeżone, rzeczywiście zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazać, to zaś inaczej przejawić, ukazać, dać czemuś wyraz pokazać, przedstawić, udowodnić, unaocznić (coś alternatywnie do poprzedniego stanu), dowieść.

Odwołujący wywiódł, że orzeczenie na korzyść zamawiającego w niniejszej sprawie będzie stanowiło potwierdzenie, iż w obliczu art. 8 ust. 3 Pzp, możliwe jest uzupełnianie wykazywania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa po terminie składania ofert w drodze wyjaśnień (a zatem, że termin określony w art. 8 ust. 3 Pzp ma dla niektórych wykonawców charakter wyłącznie instrukcyjny), a także, że przedkładane wyjaśnienia mogą być właściwie dowolnej treści i nie muszą zawierać żadnych dowodów na powoływane w treści wyjaśnień okoliczności. Powyższe pozornie można uznać za pewne uproszczenie, jednak odwołujący wskazał, że właśnie takie realnie wnioski będą z potencjalnego rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego w niniejszej sprawie wypływać. Stosowanie przepisów, nie jest bowiem abstrakcyjne, ale ma konkretne odzwierciedlenie w rzeczywistości, i właśnie takie jak wskazane powyżej odzwierciedlenie będzie miało.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania. W odpowiedzi oraz 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 GE Power sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o odrzucenie,

względnie o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym jak również 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, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego o wyjaśnienie przyczyn zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie, odwołanie wniesione przez odwołującego w dniu 16 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1743/16, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 września 2016 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1743/16, zawiadomienie zamawiającego z 17 października 2016 r. o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie zamawiającego z 17 października 2016 r. do wyjaśnienia, jaką wartość gospodarczą posiadają informacje zastrzeżone w ofercie przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, wyjaśnienia przystępującego z dnia 19 października 2016 r., zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z 27 października 2016 r., wniosek odwołującego o udostępnienie kopii dokumentacji z 27 października 2016 r., odpowiedź zamawiającego z ww. wniosek z 3 listopada 2016 r., wniosek odwołującego z 4 listopada 2016 r. o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami, odpowiedź zamawiającego na ww. wniosek z 4 listopada 2016 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia,

stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie modernizacji turbozespołów bloków nr 9 i 10 o mocy 560 MW.

Ustalono, że termin składania ofert upłynął 26 lipca 2016 r. Na podstawie pkt 9 protokołu postępowania ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły oferty przystępującego i odwołującego. Przystępujący na str. 260-262 swej oferty oświadczył, iż poniższe informacje, tj.:

1. załącznik nr 21 do oferty - Oferta Techniczna,
2. załącznik nr 21-A do oferty - Sprawozdanie El. Kozienice bl.3,
3. załącznik nr 21-B do oferty - Sprawozdanie El. Kozienice bl.6,

4. załącznik nr 21-C do oferty - Sprawozdanie El. Połaniec bl.4,
5. załącznik nr 21-D do oferty - Sprawozdanie El. Ostrołęka bl.2,
6. załącznik nr 21-E do oferty - Zgoda dla firmy Inwat,
7. załącznik nr 21-F do oferty - Zgoda dla firmy Energopomiar,
8. załącznik nr 21-G do oferty - Zgoda dla firmy Energopomiar

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zastrzeżenia przystępujący wskazał, że informacje zawarte w załączniku nr 21 do oferty są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z art. 8 ust.3 ustawy Pzp. Spełniają one również przesłanki konieczne do uznania ich jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Oświadczył, iż *zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny oraz posiadają wartość gospodarczą spółki, a ich ujawnienie może narazić spółkę na szkodę. Jednocześnie potwierdzamy, że informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a spółka podjęła niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W szczególności zostały podjęte przez spółkę następujące działania:*

1. Fizyczne środki *ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa:*

kontrola wewnętrzna i ograniczenia dostępu do takich informacji;
korzystanie ze środków *elektronicznych (np. bazy danych kontroli dostępu), które zabezpieczają dostęp do takich informacji i pomieszczeń, monitorowanie takiego dostępu i rozpowszechniania takich informacji;*
wdrożenie systemu obiegu dokumentów zapewniającego selektywne udostępnianie informacji pracownikom;
dostęp kontrolowany poprzez elektroniczny system dający prawo dostępu tylko ograniczonej grupie pracowników, w tym dostęp do danych na dyskach sieciowych chroniony poprzez szczególne zabezpieczenia;
organizowanie pracy w sposób zapewniający ograniczenie dostępu do informacji osobom niezaangażowanym w dany projekt;
monitoring biura, całodobową ochronę obiektu, limitowanie wejść poprzez konieczność
uzyskania dostępu
inne niezbędne działania podejmowane w zależności od specyfiki informacji i projektu.

2. Prawne środki *ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa:*

informacje w formie dokumentu, które są poufne oznaczone są jako informacja poufna;

zawieranie umów z pracownikami o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności;

zawieranie z podwykonawcami oraz dostawcami umów z zastrzeżeniem ich niejawności i/lub poufności (podobne zasady stosowane są także w kontaktach z klientami oraz innymi osobami trzecimi);
ograniczenie publikacji dot. nowych projektów czy zastrzeganie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych;
inne niezbędne działania podejmowane w zależności od specyfiki informacji i projektu.

3. Ogólne oraz proceduralne środki *ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa*
Grupa kapitałowa do której należy Spółka posiada specjalne podmioty (specjalne spółki-oddziały) odpowiedzialne za identyfikację i ochronę informacji poufnych oraz tajemnic spółki/Grupy ;
Grupa kapitałowa do której należy Spółka posiada stosowną politykę oraz odpowiednie instrukcje oraz dyrektywy w celu umożliwienia swoim pracownikom, m.in.
a) *identyfikacji informacji jako poufnej,*
b) identyfikacji działań niezbędnych do podjęcia w celu ochrony tajemnicy takimi instrukcjami i dyrektywami stanowiącymi o zasadach i środkach *ochrony informacji poufnych Spółki są w szczególności:*
a) APPL430101 Zarządzanie dokumentacją w ALSTOM Power sp. z o.o.,
b) APPL430103 Nadzór nad zapisami systemów zarządzania w ALSTOM Power Sp. z o.o.;
c) APPL440085 Przechowywanie i archiwizowanie dokumentów ALSTOM Power Sp. z o.o.;
d) Corporate instruction 12.5 IS&T Security Policy;
e) Corporate Instruction 8.12 Delegation of Authority for a Business Award;
f) Power Intellectual Property Directive 07-001 ;
g) PIP03.01 Directive Power Intellectual Property Management Principles ;
h) PIP03.03 License Contracting;
i) PIP03.04 License Financial Controlling;
j) MD0552 Document Life Cycle Status;
k) MD0572 Document Security;
l) MSP0070 Document and Record Management;
m) MSP543 Policy - R&D Data Security

Zamawiający nie wzywał przystępującego do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień co do skuteczności zastrzeżenia.

Ustalono także, że część swej oferty zastrzegł również odwołujący. Zamawiający pismem z 8 sierpnia 2016 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia części oferty złożonej przez odwołującego, gdyż w ocenie zamawiającego wyjaśnienie przedstawione w ofercie nie potwierdzało, że dokumenty spełniają warunki umożliwiające uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wyznaczył odwołującemu termin na przedstawienie swego stanowiska. Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. pismo odwołujący złożył pismo z 12 sierpnia 2016 r., w którym przedstawił dodatkowe wyjaśnienia co do przyczyn utajnienia części swej oferty.

7 września 2016 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. W dniu 08.09.2016 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie mu zastrzeżonej przez przystępującego części oferty. Zamawiający 12 września 2016 r. nie udostępnił odwołującemu wnioskowanych dokumentów. Zamawiający nie odtajnił także zastrzeżonej części oferty odwołującego.

16 września 2016 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 1743/16. Odwołanie wniesiono m.in. wobec zaniechania czynności uznania zastrzeżenia przez przystępującego części oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako bezskutecznego i udostępnienia odwołującemu tej części oferty oraz innych dokumentów składanych przez przystępującego w toku postępowania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie m.in. art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie

czynności uznania zastrzeżenia przez przystępującego części oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako bezskutecznego i udostępnienia odwołującemu tej części oferty oraz innych dokumentów składanych przez przystępującego w toku postępowania, pomimo tego, że przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę w się nakazania przedsiębiorstwa ustawowym terminie. Odwołujący domagał zamawiającemu m.in. unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej a także uznania czynności zastrzeżenia przez przystępującego części oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako bezskutecznego i udostępnienia odwołującemu tej części oferty oraz innych dokumentów składanych przez przystępującego w toku postępowania.

W wyroku z 30 września 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1743/16 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła częściowo odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie przystępującego do wyjaśnienia, jaką wartość gospodarczą posiadają informacje zastrzeżone przez niego w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. W pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone.

W uzasadnieniu powołanego wyroku wskazano m.in., że *za zasadny uznano zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp polegającego na nieprawidłowej ocenie przez zamawiającego, iż w odniesieniu do zastrzeganych informacji przystępujący wykazał wszystkie przesłanki definicji legalnej pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk.*

Izba dokonała analizy uzasadnienia zastrzeżenia poczynionego przez przystępującego i stwierdziła, że odwołujący prawidłowo dostrzegł, iż przystępujący nie sprostał obowiązkowi wykazania, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą.

Przedmiotem zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępujący uczynił informacje w postaci oferty technicznej oraz sprawozdań z badań turbozespołów dla elektrowni Kozienice, Połaniec, Ostrołęka wraz ze zgodami kilku podmiotów na wykorzystanie tych sprawozdań.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie utrzymywał, że ponieważ nie budzi wątpliwości, iż oferta techniczna i sprawozdania mają niewątpliwie charakter techniczny i technologiczny to samo oświadczenie przystępującego jest wystarczające do stwierdzenia, iż spełniona jest pierwsza z przesłanek definicji legalnej pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa.

Stanowisko zamawiającego nie jest prawidłowe. Ustawodawca w art. 11 ust. 4 uznk, przesądził, że informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą" (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Swaji, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej *Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do*

sformułowania przepisu art. 11 ust. 4 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. W rozpatrywanej sprawie przystępujący nie wskazał zamawiającemu, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzegane informuje pozostaną poufne. Tym samym zamawiający, którego zadaniem była ocena czy przystępujący wykazał ten fakt, nieprawidłowo ocenił przesłanki skuteczności zastrzeżenia.

Tym niemniej jednak Izba stwierdziła, że – w okolicznościach danej sprawy – przedwczesnym byłoby nakazywanie zamawiającemu odtajnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego. Prawdą jest, że wobec treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i zakreślonego w tym przepisie terminu, w jakim wykazanie musi nastąpić, absolutnie niedopuszczalne jest uzupełnienie uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia. Dostrzeżenia wymagało jednak, że zamawiający pismem z dnia 8 sierpnia 2016 r. wezwał drugiego wykonawcę, to jest odwołującego, do złożenia wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia części oferty złożonej przez odwołującego, gdyż w ocenie zamawiającego wyjaśnienie przedstawione w ofercie nie potwierdzało, że dokumenty spełniają warunki umożliwiające uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wyznaczył odwołującemu termin na przedstawienie swego stanowiska. Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. pismo odwołujący złożył pismo z 12 sierpnia 2016 r., w którym przedstawił dodatkowe wyjaśnienia co do przyczyn utajnienia części swej oferty, zaś zamawiający – jak wyjaśnił na rozprawie - w następstwie wyjaśnień nie odtajnił tych informacji. Jak wynikało z powyższego zamawiający w tej sprawie – wobec stwierdzenia niewystarczającego uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia - wzywał drugiego wykonawcę, to jest odwołującego, do złożenia dodatkowych wyjaśnień i w następstwie tych wyjaśnień, nie zdecydował się na odtajnienie informacji zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Podkreślenia wymaga, że ustawodawca w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wyartykułował jedną z najważniejszych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest zasada równego traktowania wykonawców. Zasada ta oznacza, że niedopuszczalne jest odmienne traktowanie wykonawców, znajdujących się w porównywalnych sytuacjach. Zasada ta musi być w szczególności przestrzegana, jeżeli zamawiający zdecyduje się na wyjaśnienia składanych mu ofert.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej

złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Z tego względu instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych. Trybunał określił jednak szereg wymagań, jakie towarzyszą możliwości zwrócenia się do oferenta na piśmie o wyjaśnienie oferty. Po pierwsze, żądanie wyjaśnienia oferty, które może mieć miejsce dopiero po zapoznaniu się przez instytucję zamawiającą ze wszystkimi ofertami, należy skierować bez różnicy do wszystkich oferentów znajdujących się w podobnej sytuacji. Następnie, żądanie musi dotyczyć wszystkich elementów oferty wymagających wyjaśnienia. Wreszcie generalnie rzecz biorąc, korzystając z możliwości zwrócenia się do oferentów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować oferentów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie oferenta lub oferentów, do których zażądanie takie skierowano (por. wyrok TS UE z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C 599/10 oraz wyrok TS UE z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12).

Zdaniem Izby, w analizowanej sprawie aby przywrócić zasadę równego traktowania wykonawców, zamawiający zobowiązany będzie wezwać również przystępującego do

wyjaśnień co do skuteczności zastrzeżenia, w tym przypadku do wyjaśnienia, jaką wartość gospodarczą posiadają informacje zastrzeżone przez niego w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym Izba, podzielając wprawdzie zarzut odwołującego co do niedostatecznego zbadania przez zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia informacji w ofercie przystępującego, nie będąc związana żądaniami *odwołania, nie przychyliła się do wniosku w zakresie nakazania odtajnienia informacji, uznając go za przedwczesny.*

Izba nie nakazała zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień przystępującego składanych w trakcie postępowania. Wzięto pod uwagę, że *odwołujący w odwołaniu ani w trakcie rozprawy nie sprecyzował, o jakie konkretnie wyjaśnienia przystępującego chodzi. Po analizie zaś całości dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, Izba nie stwierdziła aby którekolwiek z wyjaśnień składanych przez przystępującego opatrzone były klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec niesprecyzowania stanowiska odwołującego, zarzut w omawianym zakresie podlegał oddaleniu.*

W końcowej części uzasadnienia wyroku Izby z 30 września 2016 r. wskazano, co następuje: *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 nieprawidłową ocenę przez zamawiającego, iż w odniesieniu do zastrzeganych informacji przystępujący wykazał wszystkie przesłanki definicji legalnej pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ustalenie,* że *zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał zweryfikowania czy prawidłowo zastrzeżono informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa doprowadziło do konieczności nakazania zamawiającemu powtórzenia tej czynności. W razie zaś negatywnej weryfikacji uzasadnienia zamawiający zobowiązany będzie odtajnić informacje zastrzeżone przez przystępującego. Powyższe może umożliwić innym wykonawcom skuteczne korzystanie ze* środków *ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mogli z nich korzystać z uwagi na nieudostępnienie im oferty złożonej przez konkurenta. Zatem naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Ustalono także, że 17 października 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 7 września 2016 r.

W tym samym dniu zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia, jaką wartość gospodarczą posiadają informacje zastrzeżone w jego ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. informacje zawarte w załączniku nr 21 do oferty – oferta techniczna.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył pismo z 19 października 2016 r. W piśmie tym przystępujący wskazał co następuje.

W Ofercie Technicznej stanowiącej załącznik nr 21 do oferty GE zawarto szereg informacji znanych wyłącznie Wykonawcy, w tym między innymi opis modernizacji i zastosowania nowo projektowanych elementów. Informacje te stanowią know-how Wykonawcy oraz spółek z grupy GE, wynikający z wieloletniego doświadczenia w modernizacji turbozespołów, jak i badań prowadzonych w tym obszarze. Wykonawca, jak również inne spółki z grupy GE, nieprzerwanie prowadzą badania rozwojowe nad oferowanymi rozwiązaniami, dzięki czemu otrzymywane parametry, jakość, jak i cena stają się coraz korzystniejsze. Prowadzenie prac rozwojowych jest przedsięwzięciem ryzykownym, bowiem absorbuje znaczne nakłady finansowe, przy niepewności co do osiągnięcia pozytywnych rezultatów podjętych badań.

Tym samym wartość gospodarcza informacji udostępnionych Zamawiającemu z wyłączeniem innych podmiotów w pierwszej kolejności wyznaczona jest wartością wielomilionowych nakładów poczynionych w związku z opracowaniem oferowanych w Postępowaniu rozwiązań. Na wartość tych informacji składa się również trudne do oszacowania ryzyko, jakie Wykonawca podjął w celu opracowania konkretnych rozwiązań czy koncepcji, nie mając pewności co do ostatecznych wyników prowadzonych badań.

Przykładowo, oferta Wykonawcy zawiera opis modernizacji dokonanej przez GE łopatki L-0, co jest wynikiem wieloletnich prac badawczych i rozwojowych podejmowanych

tak przez Wykonawcę, jak i inne spółki z grupy GE. Wypracowanie takiego modelu łopatki L-0 oraz rozwój tej konstrukcji wiązał się z poniesieniem przez Wykonawcę znacznych wydatków oraz istotnego zaangażowania zaplecza eksperckiego, co ewidentnie stanowi o wartości gospodarczej tego opisu dla Wykonawcy.

To samo dotyczy również części średnioprężnej *przedmiotowych turbin. W Ofercie Technicznej Wykonawca zawarł opis modernizacji wkładu wewnętrznego części* średnioprężnej *turbin. Informacje te dotyczą tego w jaki sposób Wykonawca zaprojektował nowy wał turbiny SP oraz nowy układ łopatkowy części SP tak aby zapewnić optymalną sprawność poszczególnych stopni. Nowa konstrukcja zapewnia uzyskanie większej mocy i niższego jednostkowego zużycia ciepła bez zmiany parametrów pary z kotła. Konstrukcja ta zapewnia wysoką niezawodność i dyspozycyjność części przepływowej SP turbiny. Informacje te mają szczególne znaczenie na zwiększenie konkurencyjności tego konkretnego rozwiązania modernizacji jednego z głównych elementów turbiny w stosunku do rozwiązania oferowanego przez konkurencję.*

Wobec powyższego, należy podkreślić, że *w szczególności informacje podane na stronach 4-13 Załącznika nr 21 (tj. strony 301-310 oferty Wykonawcy) odczytywane również indywidualnie stanowią bezsprzecznie istotną wartość gospodarcza dla Wykonawcy, stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zawierają dokładny i precyzyjny opis łopatek oraz modernizacji części SP, a także modernizacji zaworów WP.*

Ponadto, w ślad *za załączonym do oferty Uzasadnieniem dla zastrzeżenia tajemnicy raz jeszcze podkreślić należy,* że *wiadomości te mają charakter poufny i nie są dostępne podmiotom konkurencyjnym względem grupy GE. Zachowanie tych informacji w tajemnicy pozwala Wykonawcy uzyskiwać kolejne zamówienia na modernizację turbozespołów i z powodzeniem je realizować. Oferowane rozwiązania przedstawiają szczególnie korzystny bilans jakości do ceny, co powoduje,* że *są one wyjątkowo konkurencyjne względem zbliżonych rozwiązań przedstawianych przez innych wykonawców. Z tego też powodu dla oceny wartości gospodarczej treści Załącznika nr 21 należy wziąć pod uwagę nie tylko konieczność nakładów poczynionych w celu opracowania rozwiązań zawartych w ofercie, lecz również korzyść, jaką GE osiąga z ich oferowania i wykorzystania w kolejnych realizowanych kontraktach. (…).*

Dodatkowo o szczególnym charakterze tych informacji stanowi dostosowanie rozwiązań Wykonawcy do potrzeb Zamawiającego w obecnym Postępowaniu. Zgodnie z wymogami SIWZ Zamawiający oczekiwał, aby Oferta Techniczna zawierała opis proponowanych rozwiązań modernizacyjnych, w odpowiedzi na co Wykonawca przedstawił charakterystykę nowych, rozwiązań, zoptymalizowanych cenowo i innowacyjnych dostosowanych do oczekiwań zamawiającego. Wynika to nie tylko z zastosowania rozwiązań innowacyjnych, niedostępnych innym wykonawcom, ale także z efektywnego dostosowania

opracowanych wcześniej koncepcji do wygórowanych potrzeb Zamawiającego. Umiejętna adaptacja posiadanych rozwiązań, w oparciu o zdobytą wiedzę i doświadczenie, przy przygotowaniu złożonej w Postępowaniu oferty również powinna być wzięta pod uwagę przy ocenie gospodarczej wartości treści Załącznika nr 21.

Przystępujący wskazał także, że *udostępnienie tych informacji osobom trzecim umożliwi konkurentom Wykonawcy zapoznanie się z know-how GE, co też zdecydowanie ułatwi im zaprojektowanie i wykonanie podobnej łopatki bez konieczności prowadzenia własnych, kosztownych badań. Tym samym szkoda wyrządzona Wykonawcy wskutek nieuzasadnionego odtajnienia treści załącznika nr 21 będzie obejmować wszystkie te koszty, które GE poniosło w celu opracowania rozwiązań następnie przedstawionych w ofercie.*

Jednocześnie udostępnienie tych informacji obniży też konkurencyjność ofert GE, które opierałyby się w takiej sytuacji na rozwiązaniach, znanych - i z całą pewnością wykorzystywanych - przez innych wykonawców. Rozwiązania opisane w ofercie pozwalają Wykonawcy osiągnąć niewątpliwą przewagę konkurencyjną nad innymi przedsiębiorcami funkcjonującymi na tym rynku, czego dowodem są chociażby wyniki ostatnio rozstrzygniętych przetargów na modernizację turbozespołów, w których oferta GE została uznana za najkorzystniejszą. Dlatego też przewaga technologiczna, jaką obecnie posiada GE, zostałaby w sposób sprzeczny z prawem zniwelowana, a to znacznie obniżyłoby szansę Wykonawcy na uzyskanie zamówień na modernizację kolejnych turbozespołów. Jeżeli zaś weźmie się pod uwagę, że *grupa GE funkcjonuje niemal na całym* świecie, *to wówczas*

potencjalna utrata konkurencyjności, a wraz z nią - utrata kolejnych zamówień, dotyczyłaby nie tylko Wykonawcy, lecz innych spółek powiązanych z nim kapitałowo, oferujących modernizację turbozespołów w innych krajach. To zaś nakazuje przyjąć, że o wartości gospodarczej tych informacji decyduje również pozycja, jaką na tym rynku GE uzyskała dzięki posiadanej wiedzy, lecz ponadto na wartość tę składać się powinna również kwota utraconych korzyści z realizacji podobnych zamówień w przyszłości, które GE mogłoby uzyskać, gdyby dostępna wyłącznie jemu technologia stała się domeną publiczną.

Ujawnienie wyników prac badawczych i koncepcyjnych zawartych w treści Oferty Technicznej, wraz z towarzyszącą temu naruszeniu utratą obecnej pozycji przez GE, wymagałoby podjęcia dalszych badań rozwojowych zmierzających do odzyskania miejsca na rynku modernizacji bloków energetycznych. Jakkolwiek Wykonawca nieustannie dąży do jakościowego i kosztowego polepszenia oferowanych rozwiązań, to w przypadku ujawnienia obecnego dorobku, zmuszony byłby poczynić nieproporcjonalnie duże nakłady na kolejne badania, których w obecnej chwili nie musi prowadzić, bowiem oferowane rozwiązania wciąż są najlepszymi z dostępnych na rynku.

Przystępujący wskazał także, że *wartość gospodarczą mają również informacje zawarte w załączonych do oferty sprawozdaniach z badań już zrealizowanych*

---

turbozespołów, stanowiących załączniki nr 21-A - 21-G. W sprawozdaniach zawarto w wyniki oraz interpretacje obecnie stosowanych przez GE rozwiązań w wykonanych modernizacjach, a zapoznanie się z treścią tych dokumentów umożliwi innym wykonawcom uzyskanie szczegółowych informacji na temat sposobu realizacji prac modernizacyjnych przez GE czy osiąganych parametrów. Z tego powodu wszystkie spostrzeżenia zawarte w pkt I. i II. należy odpowiednio odnieść również do zawartości załączonych do oferty sprawozdań.

Dodać też należy, że wiedza zawarta w tych załącznikach nie jest powszechnie dostępna - nikt bez zgody zarządcy elektrowni nie ma dostępu do bloków energetycznych, w których przeprowadzona była modernizacja przez Wykonawcę i nie może dokonać takich badań. Wobec tego na wartość gospodarczą informacji opisanych w sprawozdaniach składa się nie tylko dorobek technologiczny Wykonawcy, ale też opis i interpretacja wyników tych badań wykonana przez GE.

Dodać również należy, że na mocy porozumienia zawartego z osobami uprawnionymi, ich treść miała pozostać niejawna dla osób trzecich (z wyłączeniem zamawiających w postępowaniach przetargowych, gdyż to na ich potrzeby sprawozdania zostały w ogóle zrealizowane). Wykonawca przedstawił tym samym treść sprawozdań wyłącznie Zamawiającemu bez prawa do dalszego udostępniania tych informacji innym podmiotom. Ponieważ sprawozdania niewątpliwie stanowią utwór w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, to ich odtajnienie umożliwi innym podmiotom nie tylko zapoznanie się z ich treścią, ale też korzystanie z tych sprawozdań, w tym uzyskanie ich reprodukcji, co wynika z zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odpowiadającemu tej zasadzie obowiązkowi udostępniania ofert wraz z załącznikami zainteresowanym wykonawcom. Dlatego też, niezależnie od ochrony treści sprawozdań jako tajemnicy przedsiębiorstwa, przewidzianej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, udostępnienie sprawozdań przez Zamawiającego innym podmiotom (wykonawcom) nie jest możliwe ze względu na prawa autorskie ich twórców. Ani Wykonawca, ani tym bardziej Zamawiający, nie zostali przez twórców upoważnieni do udostępniania treści sprawozdań jakimkolwiek osobom trzecim. Korzystanie ze sprawozdań przez Zamawiającego, w tym w szczególności reprodukcja tych sprawozdań w celu przekazania ich dalszym podmiotom, stanowi naruszenie autorskich praw majątkowych twórców sprawozdań i jest działaniem bezprawnym, a także może narazić Zamawiającego na formułowane bezpośrednio przez autorów tych utworów roszczenia odszkodowawcze.

Ustalono także, że zamawiający 27 października 2016 r. zawiadomił odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego.

Pismem z 4 listopada 2016 r. zamawiający, w odpowiedzi na wniosek odwołującego,

poinformował go, że nie udostępni mu treści załącznika nr 21 do oferty przystępującego wskazując, iż objęta jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę GE Power sp. z o.o. 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.

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. Oferta odwołującego została sklasyfikowana przez zamawiającego na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odtajnienia części oferty przystępującego zastrzeżonej przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zaniechanie odtajnienia części oferty złożonej przez konkurującego wykonawcę, utrudnia odwołującemu zweryfikowanie czy oferta ta została 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 mógł z nich korzystać z uwagi na nieudostępnienie mu dokumentów złożonych przez konkurenta. W konsekwencji może to doprowadzić do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wybranego, 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.

Izba stwierdziła, że podlega oddaleniu bez merytorycznego rozpoznania ta część odwołania, w której odwołujący zarzucał zamawiającemu brak możliwości wzięcia pod uwagę – przy ocenie skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego – wyjaśnień przystępującego złożonych w piśmie z dnia 19 października 2016 r. W tym zakresie przychylono się do wniosków zamawiającego i przystępującego opisanych odpowiednio w odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym z 22 listopada 2016 r.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że *odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.* Z kolei w myśl art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie *dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z* żądaniem *zawartym w odwołaniu.*

Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący w analizowanej sprawie wniósł już wcześniej odwołanie z dnia 16 września 2016 r. Co istotne, odwołujący zarzucił zamawiającemu w ówczesnym odwołaniu naruszenie art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wskazując iż – w jego ocenie – zamawiający zaniechał odtajnienia części oferty przystępującego, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał w terminie składania ofert, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu m.in. uznania czynności zastrzeżenia przez przystępującego części oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako bezskutecznego i udostępnienia odwołującemu tej części oferty.

W wyroku z dnia 30 września 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1743/16 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła jedynie częściowo odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie przystępującego do wyjaśnienia, jaką wartość gospodarczą posiadają informacje zastrzeżone przez niego w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa (pkt 1 wyroku). W pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone (pkt 2

ww. wyroku). Z wyroku wynikało, że przed podjęciem decyzji co do skuteczności zastrzeżenia zamawiający miał obowiązek wezwać przystępującego do udzielenia wyjaśnień co do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Zamawiający miał wszak powtórzyć czynność badania i oceny ofert (pkt 1 sentencji), czego elementem miało być ww. wyjaśnienie. Oczywistym było zatem, że przedmiotem oceny zamawiającego w ramach czynności badania i oceny ofert miał być także rezultat owych wyjaśnień. Ponadto na str. 25 uzasadnienia wyroku z 30 września 2016 r. jednoznacznie wskazano, że dopiero negatywna weryfikacja uzasadnienia skutkować będzie koniecznością odtajnienia zastrzeżonej części oferty przystępującego. Z żadnego fragmentu wyroku Izby z 30 września 2016 r. nie wynikało natomiast, jakoby nakazane wezwanie miało jedynie „zadośćuczynić formalnie zasadzie równego traktowania wykonawców", jak utrzymywał odwołujący.

Biorąc pod uwagę powyższe, należało dojść do wniosku, że skoro odwołujący w obecnym odwołaniu domagał się zbadania skuteczności zastrzeżenia części oferty przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa z pominięciem wyjaśnień złożonych przez przystępującego w dniu 19 października 2016 r., to ewidentnie wnosił o wydanie kolejnego

orzeczenia przez Izbę z powołaniem się na te same okoliczności faktyczne, które były już przedmiotem oceny Izby w wyroku z 30 września 2016 r. Powyższe jest niedopuszczalne z mocy art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który to przepis statuuje na gruncie postępowania odwoławczego odpowiednik tzw. powagi rzeczy osądzonej. Ponadto zbadanie przez zamawiającego wyjaśnień przystępującego było czynnością, do wykonania której zamawiający został zobowiązany na mocy wyroku Izby z 30 września 2016 r. Kwestionowanie dopuszczalności tej czynności jest obecnie niedopuszczalne z mocy art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Jeżeli odwołujący nie zgadzał się z poprzednim rozstrzygnięciem Izby, to przysługiwało mu prawo do wniesienia skargi do sądu okręgowego, z którego jednak nie skorzystał.

Nie podzielono natomiast wniosku zamawiającego i przystępującego o odrzucenie odwołania w pozostałej części, w której odwołujący kwestionował rezultat badania przez zamawiającego wyjaśnień przystępującego z 19 października 2016 r. odnośnie wartości gospodarczej informacji zastrzeżonych przez przystępującego w ofercie. Wzięto pod uwagę, że tego rodzaju okoliczności faktyczne nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w wyroku z 30 września 2016 r., a zatem nie została spełniona przesłanka z art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto Izba nakazała zamawiającemu jedynie weryfikację tych wyjaśnień, nie przesądzając jej rezultatu. Nie można było zatem uznać, że pozytywna weryfikacja tych wyjaśnień była czynnością nakazaną przez Izbę w wyroku, w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Pomimo, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują wprost instytucji częściowego odrzucenia odwołania, to jednak w orzecznictwie tak Izby, jak i sądów okresowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby ukształtował się pogląd o konieczności oddalenia części odwołania podlegającego odrzuceniu bez merytorycznego rozpoznania. Biorąc powyższe pod uwagę, odwołanie w omawianej części zostało oddalone. Merytorycznie zaś rozpoznano zarzuty odwołującego odnoszące się do nowych czynności zamawiającego polegających na ocenie, czy informacje zastrzegane przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, posiadają wartość gospodarczą, w kontekście wyjaśnień tego wykonawcy z 19 października 2016 r.

Podzielono stanowisko zamawiającego i przystępującego, że obowiązek wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest tożsamy z obowiązkiem przedstawienia dowodów w postaci dokumentów. Jak wynika z powołanego przepisu, ustawodawca pozostawił wykonawcom swobodę co do wyboru środka dowodowego. W ocenie Izby, adekwatność sposobu dowodzenia zależy od okoliczności danej sprawy, a w szczególności faktów, które podlegają wykazaniu. Nie można również wykluczyć, że w niektórych sytuacjach wystarczające będzie złożenie wyjaśnień własnych wykonawcy.

Wzięto pod uwagę, że odwołujący w odwołaniu niedostatecznie sformułował swe

zarzuty nie wskazując choćby, jakie konkretne okoliczności wynikające z wyjaśnień z 19 października 2016 r. musiały być udokumentowane dowodami w postaci dokumentów i dlaczego. Dostrzeżenia wymagało jednak, że potwierdzeniem wielu okoliczności wynikających z tych wyjaśnień była sama oferta techniczna. Przykładowo, w wyjaśnieniach z 19 października 2016 r. przystępujący argumentował, że informacje podane na stronach 4-13 załącznika nr 21 (tj. strony 301-310 oferty wykonawcy) zawierają dokładny i precyzyjny opis łopatek oraz modernizacji części SP, a także modernizacji zaworów. Analiza przywołanych fragmentów oferty technicznej zawierająca szczegółowe schematy, rysunki, opisy techniczne stanowiła dowód na to, że twierdzenia te są prawidłowe.

Istotnie przystępujący nie przedstawił dowodów w postaci dokumentów celem wykazania, jak wysokie nakłady poniósł on na prace badawcze i rozwojowe, które umożliwiły mu zaoferowanie rozwiązania technicznego szeroko opisanego w ofercie technicznej. Jednakże dowód na temat konkretnej wysokości nakładów poniesionych na te prace był - w okolicznościach danej sprawy - zbędny. O wartości gospodarczej zastrzeżonego opisu rozwiązania technicznego przesądza sam fakt poniesienia tych nakładów, który w przypadku tego rodzaju prac jest oczywisty, a nie konkretna wysokość tych nakładów. Odwołujący nie negował bowiem w toku rozprawy oświadczeń zarówno zamawiającego i przystępującego, że przedmiotem oferty technicznej miał być szczegółowy opis sposobu modernizacji bloków energetycznych o mocy 500 MW, dedykowany wyłącznie dla zamawiającego. Nie zaprzeczał także, że przedmiotem zamówienia jest pierwsza od kilkunastu lat w Polsce modernizacja turbozespołów o mocy 500 MW. Nie zaprzeczał także, że od czasu ostatniej, podobnej modernizacji miał miejsce znaczący postęp technologiczny. Wreszcie, przystępujący zaoferował zamawiającemu zupełnie inne rozwiązanie (oparte o wymianę kompletnego wkładu na nowy, podczas gdy odwołujący zaoferował modernizację dotychczasowego wkładu). Zaoferowanie rozwiązania wymaganego w SIWZ musiało zatem wiązać się z nakładami na prace badawcze. Ponadto skoro oferowane rozwiązanie jest w skali kraju unikalne, dedykowane dla zamawiającego wyróżniającego się w kraju pod względem mocy bloków, inne od rozwiązania oferowanego przez odwołującego, a także którego efektem miało być zwiększenie efektywności bloków, to można uznać za wykazane, że jest to rozwiązanie innowacyjne.

Przy wyrokowaniu wzięto pod uwagę, że sam odwołujący zastrzegł treść swej oferty technicznej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto – wykazując wartość gospodarczą zastrzeganych informacji – analogicznie jak przystępujący nie posłużył się żadnymi dowodami w postaci dokumentów, również poprzestając na wyjaśnieniach własnych.

Nie można również abstrahować od tego, że jakkolwiek ciężar wykazania skuteczności zastrzeżenia na etapie postępowania przed zamawiającym spoczywał na

przystępującym, to jednak ciężar udowodnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu spoczywał na odwołującym, zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu wynikającym z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 190 ustawy Pzp. Odwołujący w analizowanej sprawie powinien zatem wykazać, że brak dowodów w postaci dokumentów uniemożliwił zamawiającemu zbadanie, czy zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą. Odwołujący nie sprostał jednak temu obowiązkowi.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołanie należało uznać za niezasadne.

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

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI. Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący, to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów tego postępowania.

23

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: ……..…

Członkowie: ……..

……..

24