

WYROK

z dnia 16 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Małgorzata Matecka
Luiza Łamejko

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2018 r. przez wykonawcę: Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,

przy udziale wykonawcy PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1.1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., INSO Sistemi per le infrastrutture Sociali S.p.A., NDI S.A., NDI Sp. z o.o., Via Salaria n. 1039, 00138 Roma,

1.2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę: Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa na rzecz wykonawcy Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk - Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta z podziałem na 2 części: Część nr 1: Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk- Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta. Zadanie 3: w. Luzino (bez węzła) - w. Szemud (z węzłem)”. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 192-346755 w dniu 3 października 2015 r.

Wykonawca BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec:

- zaniechania ujawnienia całości wyjaśnień wykonawcy - Konsorcjum firm: Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. (Lider), INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI Sp. z o.o., NDI S.A. (dalej: „Konsorcjum Societa Italiana”) złożonych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz odpowiednio całej treści wezwań do złożenia tych wyjaśnień,

- zaniechania wykluczenia Konsorcjum Societa Italiana z postępowania, względnie zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o dokumenty potwierdzające, że Konsorcjum znajduje się w odpowiedniej do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu sytuacji finansowej, pomimo wszczęcia względem spółki Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., dzięki zasobom której Konsorcjum wykazywało spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu, postępowania upadłościowego,

- wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Societa Italiana jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), w brzmieniu sprzed wejścia w

życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 7 ust 3 Pzp oraz 24 ust 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp i art.22 ust 5 Pzp oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Societa Italiana z postępowania (a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy), mimo iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej, ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp i w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Societa Italiana do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o dokumenty potwierdzające, że Konsorcjum znajduje się w odpowiedniej do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu sytuacji finansowej, pomimo wszczęcia względem spółki

Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A, dzięki zasobom której Konsorcjum wykazywało spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu, postępowania upadłościowego,

- art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) zwanej dalej „uznk”, poprzez automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego, ocenę skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynionego przez Konsorcjum Societa Italiana i odmowę ujawnienia informacji, które wykonawca zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy zastrzeżone informacje nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie okoliczność ta nie została przez wykonawcę wykazana, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy ustawy Pzp środków ochrony prawnej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie Konsorcjum Societa Italiana z postępowania, względnie wezwania Konsorcjum do wykazania, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji finansowej,
3. udostępnienie Odwołującemu informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Societa

Italiana jako tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. całości wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 listopada 2017 r., z dnia 21 grudnia 2017 r. oraz z dnia 19 stycznia 2018 r. oraz całej treści samych wezwań z dnia 21 grudnia 2017 r. oraz z dnia 19 stycznia 2018 r.

Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej pismem z dnia 23 stycznia 2018 r. Oferta Odwołującego została skalsyfikowana na drugiej pozycji tzw. list rankingowej wykonawców, za ofertą Konsorcjum Societa Italiana. W przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum (a wcześniej wykluczenia tego wykonawcy) to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

pozbawienie Odwołującego możliwości zweryfikowania, czy treść oferty Konsorcjum jest zgodna z treścią SIWZ, a co za tym idzie złożenia odwołania wobec niezgodnego z przepisami prawa zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Societa Italiana z postępowania. Brak dodatkowego wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający w pkt III.2.2.2 ppkt 1.2. Ogłoszenia o zamówieniu postawił warunek

udziału w postępowaniu: „Wykonawca musi wykazać posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż:

— dla Części nr 1: 35 mln PLN,

— dla Części nr 2: 60 mln PLN.

Dla potwierdzenia spełniania tego warunku Zamawiający żąda w pkt III.2.2.2 ppkt 1.2.

ogłoszenia o zamówieniu, aby wykonawca przedstawił: Informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków (...).”

Konsorcjum Societa Italiana wskazany warunek udziału w postępowaniu wykazało dzięki zasobom spółki Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. - Lidera Konsorcjum. Spółka ta przedstawiła dwa oświadczenia Banca Nazionale del Lavoro SpA Grupa BNP Paribas z dnia 22 października 2015 r., w których potwierdza się zdolność kredytową spółki na kwoty odpowiadające wartościom podanym w warunku udziału w postępowaniu.

Według informacji pozyskanych przez Odwołującego, Sąd w Rzymie postanowieniem nr C.P. 1/2018 z 15 stycznia 2018 r. ogłosił wszczęcie postępowania upadłościowego względem spółki Societa Italia na Per Condotte D'acqua Spa. Sąd włoski wyznaczył Spółce termin - 120 dni od daty wszczęcia postępowania, czyli na 18 maja 2018 r. - na złożenie propozycji układu z wierzycielami lub na przeprowadzenie restrukturyzacji zadłużenia, w innym wypadku zostanie ogłoszona upadłość Spółki Societa Italiana Per Condotte D'acqua SpA. Jednocześnie powołano komisarzy sądowych do nadzorowania działań Spółki. W związku z wydanym postanowieniem, Spółka ma zakaz:

- dokonywania czynności zwykłego zarządu bez zgody sądu,
- dokonywania płatności dawnych i niezgłoszonych wcześniej roszczeń,
- zaciągania zobowiązań finansowych (w tym kredytu lub pożyczki) bez zgody sądu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia obligatoryjnie wyklucza się wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego.

Postanowienie, o którym mowa, nie świadczy wprawdzie o ogłoszeniu upadłości spółki, Societa Italiana Per Condotte D'acqua SpA, niemniej jego wydanie nie pozostaje bez wpływu na ocenę, czy Konsorcjum wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Na gruncie przepisów prawa włoskiego (w szczególności przepisów dotyczących upadłości, wł. Legge Fallimentare -Del concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione, 16 marzo 1942, n. 267), wedle informacji pozyskanych przez Odwołującego, niewypłacalność spółki - która uzasadnia orzeczenie o upadłości lub o likwidacji spółki, bądź wszczęcie innego postępowania, w ramach którego majątek spółki, będącej dłużnikiem, poddany zostaje zarządowi w celu spłaty wierzycieli - jest definiowana jako sytuacja, w której

podmiot gospodarczy nie jest już w stanie wypełniać swoich zobowiązań.

W tej sytuacji przyjąć należałoby, że skoro właściwy Sąd w Rzymie wydał - na wniosek zainteresowanej spółki - postanowienie, o którym mowa, to w jego ocenie zachodzą podstawy do przyjęcia, że wskazana spółka jest niewypłacalna. Innymi słowy, jedynym warunkiem wszczęcia powyższego postępowania jest niewypłacalność przedsiębiorstwa. Skoro zaś spółka jest niewypłacalna, to oczywistym pozostaje także, że spółka nie posiada środków finansowych, ani zdolności kredytowej niezbędnej do wykazania spełnienia warunków w niniejszym postępowaniu, a kolejno realizacji zamówienia publicznego w Polsce.

Doktryna i orzecznictwo wskazują, że nie ma znaczenia, na jakim etapie zaktualizuje się przesłanka wykluczenia (zob. wyrok KIO z dnia 2 września 2008 r.. KIO/UZP 854/08). Zostały one określone w art 24 ust 1-2a Pzp. Wykluczenie wykonawcy z przyczyn

wskazanych w art 24 ust 1 i 2 jest obligatoryjne.(Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Prawo

zamówień publicznych Komentarz, wyd. II, LEX 2015). Powyższe jest konsekwencją zasady ustanowionej w art. 7 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (zob. wyrok KIO z dnia 1 października 2012 r. KIO 1968/12).

Jak wynika z art. 22 ust. 5 Pzp, warunki udziału w postępowaniu mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Ta weryfikacja nie może być pozorna, dokonana tylko i wyłącznie na określony dzień. Problem, o którym

mowa, pojawia się zwłaszcza w postępowaniach dwuetapowych, gdzie od daty złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do dnia złożenia ofert mija dwa lata. W ciągu tak długiego czasu zmienia się sytuacja wykonawców ubiegających się o zamówienie i owe zmiany muszą być przez zamawiających uwzględniane, zwłaszcza, że ryzykiem jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne z wykonawcą, który może nie być w stanie wskutek pogorszenia sytuacji finansowej należycie wykonać zamówienia publicznego.

Zgodnie z opinią UZP: "Praktyka weryfikacji podmiotowej wykonawców, jaka wykształciła się wśród zamawiających od tego czasu w oparciu o ustawowe regulacje, nie uwzględniała często zasadniczego celu badania zdolności wykonawców do realizacji

zamówienia, skupiając się na jego czysto formalno —prawnym aspekcie. Zamawiający dokonując oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu jedynie od strony formalnej, często ograniczali tę weryfikację do samego faktu złożenia przez wykonawcę dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na zasadzie „spełnia/nie spełnia”. Tego rodzaju praktyka dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu pomijała jednak zasadniczy cel prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wyłonienie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wiarygodnego, dającego gwarancję należytego wykonania umowy zawieranej z wykonawcą w wyniku tego postępowania. Głównym celem weryfikacji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest bowiem uzyskanie przez zamawiającego jedynie formalnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale uzyskanie wiedzy o realnej kondycji wykonawcy, jego wiarygodności jako strony umowy o udzielenie zamówienia publicznego i zdolności do realizacji tej umowy. Wiedza taka może być uzyskana poprzez badanie solidności wykonawcy. /wyrok z dnia 17 października 2014 r., KIO 2047/14).

Sytuacja finansowa odnosi się do wykazania, iż wykonawca jest w stanie dysponować środkami finansowymi w wymaganej wysokości do realizacji zamówienia. Na zamawiającym ciąży w tym względzie obowiązek zweryfikowania, czy wykonawca może wykorzystać wszelkie wskazane przez niego w ten sposób zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. Tak więc, wykonawca musi wykazać, iż faktycznie może korzystać z tych zasobów (por. orzeczenie C-176/98 Holst Italia). Zamawiający musi zatem zbadać, czy wykonawca jest odpowiedni do realizacji zamówienia w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta, co podnosi się w orzecznictwie ETS (obecnie TSUE), umożliwia zamawiającemu upewnienie się, że zwycięski oferent będzie mógł wykorzystać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonania zamówienia" (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999r. w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari - źródło Informator Zamówień Publicznych nr 11/2011). Konieczne jest zatem upewnienie się przez Zamawiającego, czy wykonawca wykazywanymi przez siebie zasobami jest w stanie realnie dysponować. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.02.2013r., sygn. akt KIO 297/13, KIO 300/13,

Zamawiający, który uzyskał wiedzę o „niewypłacalności” członka konsorcjum, który

uprzednio wykazywał zdolność finansową do realizacji zamówienia, nie może informacji tej zignorować, zwłaszcza, że jak pokazuje doświadczenie niewypłacalność wykonawców, ich upadłość (...), obciążenie przedsiębiorstwa (...) należy postulować, by w obszarze prawa upadłościowego pojęcie zwykłego zarządu rozumieć bardziej restryktywnie niż w innych dziedzinach prawa, ze względu na potrzebę zapewnienia ładu gospodarczego oraz ochronę interesów wierzycieli (Prawo upadłościowe, Gurgul 2018, Legalis 2017). O tym, czy dana sprawa przekracza zakres zwykłych czynności spółki, decydują indywidualne okoliczności, stosunki danej spółki. Należy tu oceniać w szczególności charakter czynności, jej zakres i skutki, przy jednoczesnym uwzględnieniu celu spółki, jej stanu finansowego. Są to sprawy nietypowe lub o większym ciężarze gatunkowym, nie tylko finansowym, stwarzające pewne ryzyko dla spółki lub obciążenie finansowe (Art. 208 KSH Bieniak 2017, Legalis 2017), Podobne zasady obowiązują na gruncie prawa włoskiego,

Spółka jako dłużnik niewypłacalny ma po ustanowieniu komisarzy sądowych prawo wyłącznie do dokonywania czynności zwykłego zarządu. Przedstawiciele doktryny wskazują na podstawie orzecznictwa, że czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu należy uważać (...) obciążenie przedsiębiorstwa (...) należy postulować, by w obszarze prawa upadłościowego pojęcie zwykłego zarządu rozumieć bardziej restryktywnie niż w innych dziedzinach prawa, ze względu na potrzebę zapewnienia ładu gospodarczego oraz ochronę interesów wierzycieli (Prawo upadłościowe, Gurgul 2018, Legalis 2017). O tym, czy dana sprawa przekracza zakres zwykłych czynności spółki, decydują indywidualne okoliczności, stosunki danej spółki. Należy tu oceniać w szczególności charakter czynności, jej zakres i skutki, przy jednoczesnym uwzględnieniu celu spółki, jej stanu finansowego. Są to sprawy nietypowe lub o większym ciężarze gatunkowym, nie tylko finansowym, stwarzające pewne ryzyko dla spółki lub obciążenie finansowe (Art. 208 KSH Bieniak 2017, Legalis 2017), Podobne zasady obowiązują na gruncie prawa włoskiego,

Zdaniem Odwołującego, złożenie oferty o wartości 324 963 540,00 zł brutto i kolejno zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi czynność o większym ciężarze gatunkowym i nie jest to „zwykła” czy też „bieżąca” czynność Spółki. Może zdarzyć się, że po wyborze oferty zostanie ogłoszona upadłość Spółki Societa Italiana Per Condotte D'acqua SpA i jej majątek, dzięki któremu wykonawca był w stanie zrealizować zamówienie, zostanie przeznaczony na spłatę zobowiązań. Ewentualne roszczenia Zamawiającego w związku np. z niewykonaniem umowy będą nieskuteczne, skoro w kolejce przed nim stoją już inne roszczenia podmiotów trzecich.

Opisany stan faktyczny potwierdza, że Spółka jako dłużnik jest niewypłacalna. Interes Zamawiającego nie jest zabezpieczony w stosunku do wykonawcy, który ze względu na własną sytuację (otwarcie postępowania upadłościowego) nie daje rękojmi, że wykona powierzone zamówienie publiczne.

Zamawiający powinien więc w tej sytuacji wykluczyć Konsorcjum z postępowania lub przynajmniej dokonać ponownego wezwania Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia odpowiednich dokumentów.

2. Zaniechanie udostępnienia informacji

Zamawiający pismem z dnia 23 stycznia 2018 r. poinformował Odwołującego o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Societa Italiana. Odwołujący, stosownie do art. 96 ust. 3 Pzp, uzyskał możliwość wglądu do protokołu postępowania, w tym dokumentów stanowiących załączniki do protokołu, a zatem wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie mu dokumentów.

Z udostępnionych Odwołującemu w dniu 24 stycznia 2018 r. informacji wynika, że Zamawiający pismem z dnia 13 listopada 2017 r. wezwał Konsorcjum Societa Italiana do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Wykonawca, pismem z dnia 30 listopada 2017 r., udzielił odpowiedzi na wezwanie. Treść wyjaśnień nie została Odwołującemu udostępniona w całości z uwagi na okoliczność, że:

- załącznik nr 1 do niniejszego pisma w zakresie akapitu nr 5,
- załącznik nr 2 do niniejszego pisma w zakresie odpowiedzi na część pytań Zamawiającego stanowią - w ocenie Zamawiającego - tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający jeszcze dwukrotnie wzywał wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, odpowiednio wezwanie z dnia 21 grudnia 2017 r. oraz z dnia 19 stycznia 2018 r. Treść wezwań oraz odpowiedzi udzielonych pismami wykonawcy odpowiednio z dnia 5 stycznia 2018 r. i z dnia 23 stycznia 2018 r, również została, w przeważającej części, uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący nie uzyskał wglądu do całości tych dokumentów.

Powyższe działanie Zamawiającego świadczy o naruszeniu przepisów prawa, z uwagi na:

a. Brak wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Konsorcjum Societa Italiana w niniejszej sprawie nie wykazało, zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, że zastrzegane przez nie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W piśmie z dnia 30 listopada 2018 r. przedstawiło wprowadzić uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, którego treść w zasadzie w całości powielono w kolejnych pismach, jednak jest ono bardzo ogólne i co za tym idzie nie można przyjąć, że wykonawca zrealizował ciążący na nim obowiązek wykazania określonych okoliczności faktycznych.

Konsorcjum Societa Italiana w uzasadnieniu zastrzeżenia, poza przytoczeniem obszernych fragmentów z orzecznictwa, skupiło się na podaniu uzasadnienia do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odnoszących się do kalkulacji ceny. Przywołane stwierdzenia wykonawcy są ogólne, zatem trudno ocenić wiarygodność przedstawionych informacji i to, czy ujawnienie zastrzeżonych informacji faktycznie może spowodować po stronie wykonawcy szkodę. Tak ogólnie sformułowanie uzasadnienia jedynie potwierdza, że jedynym celem objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa było utrudnienie konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji złożonej oferty.

Wykonawca przytoczył szereg wyroków KIO i Sądu Najwyższego, jednak nie odniósł się do meritum, tj. nie wskazał szczegółowo przyczyny zastrzeżenia poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Powołując się na możliwość wystąpienia niepowetowanej szkody zastrzegł informacje, które nie mogą zostać określone mianem tajemnicy przedsiębiorstwa ze względu na ich kazuistyczny charakter i związek z bieżącym postępowaniem. (zob. wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1535/14, wyrok

KIO z dnia 9 stycznia 2018 r. KIO 2633/17)

Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ściśle w

granicach jej definicji, zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ciężar udowodnienia zaistnienia wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym - w przypadku. Gdy nie zdecydował się na odtajnienie informacji, których tajność zastrzegł wykonawca.

W niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, by Konsorcjum Societa Italiana w sposób odpowiedni wykazało, że całość zastrzeganych przez niego informacji ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwoływającego ocena tego zastrzeżenia dokonana przez Zamawiającego była automatyczna i oderwana od okoliczności faktycznych tej konkretnej

sprawy.

b. Zastrzegane informacje nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwoływający wskazał, że nie znając treści informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Societa Italiana, nie może udowodnić, iż wykonawca ten nie zastrzegł informacji o walorze tajemnicy przedsiębiorstwa - może wyłącznie uprawdopodobnić tę okoliczność.

Skuteczność zastrzeżenia przez wykonawcę w toku ubiegania się o zamówienie publiczne danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa - w postaci zaktualizowania się ustawowego zakazu ich ujawniania - jest uwarunkowana uprzednim stwierdzeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Stosownie do tego przepisu, 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 poufności. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001r., sygn. akt: ICKN 1159/00). Oczywiście jest, że właśnie potencjalny adresat tego zakazu, tj. zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w

konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki (zob. uchwała SN z 21 października 2005 r., III CZP 74/05).

W niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, że badanie takie zostało przez Zamawiającego przeprowadzone. Nie ulega wątpliwości, że zastrzeżone w wyjaśnieniach dla Zamawiającego informacje nie mają charakteru technicznego, technologicznego, czy organizacyjnego przedsiębiorstwa, a przede wszystkim wartości gospodarczej.

Odnosnie wartości gospodarczej informacji, wykonawca zobowiązany jest wskazać, o jakich konkretnie wartościach mowa, i je uprawdopodobnić (zob. wyrok KIO z dnia 11 lipca 2013r., sygn. akt: KIO 1529/13, wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r., KIO 2784/14).

Odwołujący wskazał, że wyjaśnieniami Konsorcjum objęte są informacje kluczowe z

punktu widzenia tego jednego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przykładem mogą tu być odpowiedzi wykonawcy na pytania np.: nr 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 33, 35, 36, 81, 99, 132, 137 z wezwania z dnia 13 listopada 2017 r. Są to pytania m.in., o rodzaj przyjętych w ofercie materiałów, rodzaj przyjętych rozwiązań technicznych, długości, ilości, czy szerokości konkretnych elementów drogi. Szczególnie wyraźnie na kazuistyczny charakter odpowiedzi wykonawcy wskazują pytania nr 9, 11, 13, 33, 36.

Odpowiedź na pytanie, jakie przykładowo założono parametry drogi głównej w tym konkretnym zadaniu, czy jaka będzie konstrukcja pobocza w tym zamówieniu nie zawiera elementów know-how wykonawcy możliwych do wykorzystania przez konkurencję w innych postępowaniach - rozwiązania te są dopasowywane do wymogów konkretnego SIWZ i warunków zastanych na terenie budowy, a co za tym idzie z faktu przyjęcia w tym postępowaniu określonego rozwiązania projektowego, czy technicznego nie można jeszcze wywodzić, że w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przyjmie dokładnie takie samo rozwiązanie. Know-how wykonawcy jest informacją, z jakich względów dane rozwiązanie zostało wybrane dla danych zapisów SIWZ, a ta informacja z zastrzeżonych dokumentów nie wynika. Odwołujący nie zakłada przy tym, by Konsorcjum Societa Italiana w wyjaśnieniach, wykazało, że zastosowało w niniejszym postępowaniu nowe, nieznane konkurentom rozwiązania techniczne, w szczególności rozwiązania o charakterze innowacyjnym, zaś informację o rozwiązaniach znanych i powszechnie stosowanych na rynku, waloru tajemnicy nie ma.

W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie w odpowiedziach na pytania wykonawca potwierdził, że założył rozwiązania zgodne z dokumentacją postępowania (SIWZ), a skoro tak, to trudno mówić by uszczegółowienie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego informacji o dostosowaniu się do wymogów SIWZ miało stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Wskazując, że Konsorcjum Societa Italiana objęło tajemnicą przedsiębiorstwa odpowiedzi na pytania dotyczące ceny, zaś Zamawiający ich nie upublicznił, Odwołujący podkreślił, że informacje te nie mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, ponieważ zgodnie z art. 8 ust 3 zd. 2. Pzp, wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp.

Na automatyzm działań Zamawiającego wskazuje także utajnienie wyjaśnień dotyczących harmonogramu prac przy realizacji zamówienia, który jest ściśle powiązany z wymogami SIWZ. Tempo oraz organizacja pracy nie stanowią w tym przypadku know-how o wartości rynkowej, a jedynie dostosowany do potrzeb zamówienia sposób organizacji pracy. Jest to umiejętności, której nie można rozumieć jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tej przyczyny Zamawiający powinien był odtajnić odpowiedzi na pytania nr 99, 102, 113.

Ponadto, mając na względzie ugruntowane orzecznictwo Izby, stwierdzić należy, że podjęte przez Konsorcjum Societa Italiana środki mające na celu zachowanie poufności nie są wystarczające (zob. wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1535/14). Konsorcjum Societa Italiana wskazuje, że tajemnicą przedsiębiorstwa są dla niego dane o czynnikach cenotwórczych oferty oraz o partnerach handlowych, poprzestając na stwierdzeniu, że informacji tych nie można uzyskać z publicznie dostępnych rejestrów czy dokumentów, jak również, że każdy pracownik zobowiązał się do zachowania tych informacji w poufności (tajemnica służbowa). Z tej przyczyny zastrzeżenie odpowiedzi na pytanie nr 97 - „Czy zawarto już porozumienia umowy wstępne na podwykonawstwo dla robót zakładanych do podzlecenia? Jeśli tak to dla jakich robót już zawarto, a dla jakich jeszcze nie zawarto?” jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełnia przesłanek ustawowych, gdyż współpraca z podwykonawcami nie jest informacją mającą wartość gospodarczą, skoro w zasadzie każdy podmiot składający ofertę w niniejszym postępowaniu zakładał udział podwykonawców na etapie realizacji zamówienia, a jedynie pewne elementy ustaleń odnoszących się do zasad współpracy między Konsorcjum a podwykonawcami mogłyby mieć - potencjalnie - walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Niemniej i w tym zakresie należałoby pierw wykazać, że strony faktycznie jako tajemnicę informacje te traktują. Jest to również informacja stricte związana z przedmiotowym zamówieniem i nie ma waloru ogólnego.

Uzasadnione wątpliwości budzi także objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa odpowiedzi na pytanie nr 88 - „Prosimy o przedstawienie zakładanej kadry nadzoru oraz kadry biurowej według założonego w Ofercie schematu organizacyjnego kontraktu w zakładanych wariantach (np. dla etapu początkowego na etapie projektowania oraz kolejnych etapów realizacji oraz etapu usuwania wad i usterek) z określeniem ilości personelu w poszczególnych komórkach organizacyjnych. Oczywiście jest, że nazwiska osób pełniących funkcje nadzorcze będą widniały na projektach budowlanych, a zatem są to dane jawne, dostęp do nich będzie nieograniczony na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o

dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1764 ze zm.) (zob. orzeczenie KIO z dnia 15 marca 2013 r. KIO 364/13, KIO 368/13). Odwołujący przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/2000), gdzie wskazano, że: zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć.

W świetle poczynionych uwag, w ocenie Odwołującego, w „uzasadnieniu” przedstawionym przez Konsorcjum Societa Italiana brak jest dostatecznych informacji, które mogłyby wskazywać na spełnienie wymogów formalnych wynikających z art. 8 ust. 3 Pzp, a ocena tego zastrzeżenia dokonana przez Zamawiającego była automatyczna i oderwana od okoliczności faktycznych tej konkretnej sprawy. Zastrzeżone informacje nie miały wartości gospodarczej, były związane ściśle z przedmiotowym zamówieniem, a ich ujawnienie miało służyć wyłącznie uniemożliwieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji oferty Konsorcjum.

Wykonawca PORR S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Konsorcjum firm: Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. (Lider), INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI Sp. z o.o., NDI S.A. zgłosiło przystąpienie do

postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 14 lutego 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. W zakresie zarzutu nr 1 Zamawiający wniósł o uwzględnienie odwołania, natomiast w pozostałym zakresie o jego oddalenie. Zamawiający wyjaśnił, że wskutek wniesienia odwołania w dniu 2 lutego 2018 r. uzyskał wiedzę, że w odpowiedzi na złożony przez Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. wniosek na podstawie art. 161 ust. 6 ustawy o postępowaniu upadłościowym według prawa włoskiego, Sąd w Rzymie wydał orzeczenie z dnia 15 stycznia 2018 r., w którym spółce udzielono 120- dniowego terminu (upływającego w dniu 18 maja 2018 r.) na „przygotowanie ostatecznej propozycji postępowania układowego obejmującego plan oraz dokumentację (...) lub wniosku o sądowe zatwierdzenie uzgodnień w sprawie restrukturyzacji zadłużeń”. Zdaniem Zamawiającego, fakt złożenia powyższego wniosku przez Spółkę wywołuje uzasadnione wątpliwości co do kondycji finansowej tego wykonawcy, zarówno w kontekście oceny spełnienia określonych wymogów z SIWZ, jak również gwarantującym należyte wykonanie zamówienia publicznego. Z treści orzeczenia wynika informacja o „braku toczącej się sprawy o ogłoszenie upadłości” jednakże pozostała treść tego orzeczenia jednoznacznie odnosi się do kondycji finansowej Spółki, a tym samym stanowi realną przeszkodę w realizacji zobowiązań na rzecz innych podmiotów. W tych okolicznościach, zdaniem Zamawiającego, konieczne jest zbadanie czy Konsorcjum Societa Italiana jest w stanie należycie wykonać zamówienie publiczne. Według oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonanej na podstawie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w dniu 19 lipca 2016 r. Konsorcjum Societa Italiana spełniało wymagania określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający wskazał jednak, że biorąc pod uwagę nowe okoliczności związane z wydanym orzeczeniem przez Sąd w Rzymie, wykonawca powinien złożyć aktualne oświadczenia i dokumenty w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, jak również braku podstaw do wykluczenia. Złożone około dwa lata wcześniej oświadczenia i dokumenty straciły ważność w świetle wydanego orzeczenia Sądu w Rzymie. Zamawiający podzielił stanowisko Odwołującego, że po ujawnieniu po wyborze oferty najkorzystniejszej istotnej okoliczności, którą stanowi przedmiotowe orzeczenie Sądu w Rzymie, konieczne jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Obowiązkiem Zamawiającego jest racjonalne i efektywne wydatkowanie środków publicznych oraz przeprowadzanie procedury przetargowej zgodnie z ustawą Pzp oraz ustawą o finansach publicznych. Z tych względów unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty Konsorcjum Societa Italiana jest konieczne i zasadne.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 8 ust. 1, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 uznk Zamawiający podniósł, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Wyjaśnił, że pismem z dnia 13 listopada 2017 r. zwrócił się do Konsorcjum Societa Italiana o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty (w trybie art. 87 ust. 1 Pzp), kierując do wykonawcy 151 pytań dotyczących m.in. sposobu uwzględnienia w ofercie elementów mających wpływ na sposób realizacji zamówienia, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe oraz związane z tym niezbędne do poniesienia kosztów, a także ryzyka i sposób przeciwdziałania im w trakcie realizacji Kontraktu. W odpowiedzi na wezwanie, Konsorcjum Societa Italiana pismem z dnia 30 listopada 2017 r. udzieliło wyjaśnień, zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa akapit 5

załącznika nr 1 do wyjaśnień oraz w części szczegółowe odpowiedzi na 73 pytania Zamawiającego wraz z załącznikami. Kolejne wezwania z dnia 21 grudnia 2017 r. oraz z dnia 19 stycznia 2018 r. i odpowiedzi Konsorcjum z dnia 5 stycznia 2018 r. i 23 stycznia 2018 r. zostały konsekwentnie zastrzeżone przez Konsorcjum Societa Italiana, z uwagi, na fakt, że pierwotne wyjaśnienia dotyczące tożsamyh kwestii były już wcześniej objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Po wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający w dniu 24 stycznia 2018 r. udostępnił Odwołującemu wezwanie z dnia 13 listopada 2017 r. oraz wyjaśnienia Konsorcjum z dnia 30 listopada 2017 r. w zakresie, który nie został zastrzeżony przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający udostępnił treść wezwania z dnia 21 grudnia 2017 r. oraz wyjaśnień Konsorcjum z dnia 5 stycznia 2018 r. za wyjątkiem załącznika nr 1 do wyjaśnień, treść wezwania z dnia 19 stycznia 2018 r. oraz wyjaśnień Konsorcjum z dnia 23 stycznia 2018 r. za wyjątkiem załącznika nr 1 do wyjaśnień.

W ocenie Zamawiającego, zastrzeżone przez Konsorcjum Societa Italiana informacje przedstawione w wyjaśnieniach treści oferty posiadają walor techniczny, technologiczny,

organizacyjny przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą. Dotyczą one know-how Konsorcjum Societa Italiana, przyjętych rozwiązań technicznych i organizacyjnych oraz czynników cenotwórczych. Informacje te powstały na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a ujawnienie ich mogłoby prowadzić do zaburzenia konkurencji na rynku właściwym dla wykonawcy. W ocenie Zamawiającego, Konsorcjum Societa Italiana wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś zachowanie ich w tajemnicy pozostaje wolą wykonawcy oraz zostały podjęte środki by informacje te pozostały poufne. Zamawiający uznał za nieuprawniony zarzut, że nie wykonał on obowiązku oceny, czy zastrzeżenie wyjaśnień w części było zgodne z przepisami. Zamawiający wyjaśnił, że dokonał szczegółowej analizy tych

informacji, jak i uzasadnienia do ich zastrzeżenia przedstawionego przez Konsorcjum. Zamawiający stwierdził, że informacje te, chociaż dotyczą niniejszego konkretnego zamówienia, mają charakter uniwersalny, możliwy do wykorzystania w kolejnych zamówieniach, zwłaszcza w zakresie polityki cenowej przy kalkulacji ofert, co miałoby wpływ na obniżenie w przyszłości przewagi konkurencyjnej Konsorcjum Societa Italiana.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), z uwagi na datę wszczęcia przedmiotowego postępowania w dniu 3 października 2015 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca PORR S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba stwierdziła, że Konsorcjum firm: Societa Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. (Lider), INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI Sp. z o.o., NDI S.A. nieskutecznie zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wobec czego nie uzyskało statusu uczestnika postępowania

odwoławczego. Izba uznała zgłoszenie przystąpienia za nieskuteczne z powodu niedołączenia do zgłoszenia przystąpienia złożonego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismem z dnia 5 lutego 2018 r. wymaganych pełnomocnictw do dokonania tej czynności prawnej, w szczególności - niedołączenia pełnomocnictwa udzielonego przez członka konsorcjum i jednocześnie lidera konsorcjum - Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. - dla osoby wnoszącej zgłoszenie przystąpienia w imieniu Konsorcjum Società Italiana. Brak wykazania prawidłowego umocowania dla osoby wnoszącej zgłoszenie przystąpienia w momencie dokonania zgłoszenia do Prezesa KIO przesądził o nieskuteczności zgłoszenia przystąpienia.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 22 ust. 5 Pzp oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Società Italiana z postępowania (a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy), mimo iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej, ewentualnie - art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp i w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Società Italiana do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o dokumenty potwierdzające, że Konsorcjum znajduje się w odpowiedniej do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu sytuacji finansowej, mimo wszczęcia względem spółki Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. postępowania upadłościowego, Izba uznała w części za zasadny, podzielając w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, który wniósł w odpowiedzi na odwołanie o uwzględnienie tego zarzutu, podnosząc konieczność wyjaśnienia i potwierdzenia zdolności finansowej wykonawcy w aktualnej sytuacji faktycznej, stosownie do wymogu zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w kontekście wykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, tj. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Nie był sporny w postępowaniu fakt, że Konsorcjum Società Italiana wykazało w toku przedmiotowego postępowania - w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - spełnienie warunku udziału postawionego w pkt III.2.2.2 ppkt 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w pkt III.2.2.2 ppkt 1.2 ogłoszenia. Konsorcjum Società Italiana wskazał warunek udziału w postępowaniu wykazało, powołując się na zasoby spółki Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. - Lidera Konsorcjum. Spółka ta przedstawiła informacje banku - Banca Nazionale del Lavoro SpA Grupa BNP Paribas - z dnia 22 października 2015 r., w których potwierdzono zdolność kredytową ww. spółki na kwoty spełniające wymogi określone w treści warunku udziału w postępowaniu.

Na etapie badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący pozyskał informację i przedstawił ją Zamawiającemu w ramach odwołania, że Sąd w Rzymie, postanowieniem nr C.P.1/2018 z dnia 15 stycznia 2018 r., ogłosił wszczęcie postępowania upadłościowego względem Spółki Società Italia na Per Condotte D'acqua S.p.A. Jak wynika z treści ww. postanowienia, Sąd wyznaczył Spółce termin - 120 dni od daty wszczęcia postępowania, (tj. do dnia 18 maja 2018 r.) - na złożenie propozycji układu z wierzycielami lub na przeprowadzenie restrukturyzacji zadłużenia, gdyż w innym wypadku zostanie ogłoszona upadłość Spółki. Powołano komisarzy sądowych do nadzorowania działań Spółki. Spółka ma zakaz dokonywania czynności przekraczających zwykły zarząd bez zgody sądu, dokonywania płatności dawnych i niezgłoszonych wcześniej roszczeń, zaciągania zobowiązań finansowych (w tym kredytu lub pożyczki) bez zgody sądu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia obligatoryjnie wyklucza się wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby nie budzi wątpliwości fakt, że postanowienie powyższe Sądu w Rzymie ma wpływ na ocenę, czy Konsorcjum Società Italiana wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz czy nie podlega wykluczeniu. Zachodzą poważne wątpliwości, czy Spółka posiada środki finansowe lub zdolność kredytową niezbędną do wykazania spełnienia warunków w niniejszym postępowaniu, a tym samym wymaganą w tym postępowaniu zdolność finansową do realizacji zamówienia publicznego. Należy mieć przy tym na uwadze, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia są przesłankami bezwzględnie obowiązującymi i mogą zaktualizować się na każdym etapie postępowania. Zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które kończy się w momencie zawarcia umowy z wykonawcą, może zaistnieć zmiana sytuacji prawnej lub

ekonomicznej wykonawcy, rzutująca na ocenę predyspozycji wykonawcy do wykonania zamówienia. Zamawiający nie może pominąć takich okoliczności, dotyczących sytuacji finansowej wykonawcy, które mogłyby wpłynąć negatywnie na zdolność wykonawcy do prawidłowej realizacji zamówienia, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak wynika z art. 22 ust. 5 Pzp, warunki udziału w postępowaniu mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, przy czym nie chodzi tu wyłącznie o weryfikację formalną. Wymóg wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wynikający z art. 26 ust. 2a Pzp, nie sprzeciwia się obowiązkowi wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy - w przypadku wystąpienia (ujawnienia) nowych okoliczności, których wpływ na kondycję finansową wykonawcy jest istotny. Na zamawiającym ciąży w tym względzie obowiązek zweryfikowania, czy wykonawca może wykorzystać wszelkie wskazane przez niego zasoby w trakcie wykonywania zamówienia. Wykonawca musi zatem wykazać, że faktycznie może z tych zasobów korzystać. Zamawiający musi zatem zbadać, czy Konsorcjum Societa Italiana jest nadal w stanie prawidłowo zrealizować zamówienie i upewnić się, czy wykonawca wykazywanymi zasobami jest w stanie realnie dysponować przy realizacji zamówienia (vide orzeczenie Trybunału z

dnia 2 grudnia 1999r. w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari - Informator Zamówień Publicznych nr 11/2011).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym treść orzeczenia Sądu w Rzymie z dnia 15 stycznia 2018 r., na obecnym etapie nie ma jednoznacznych podstaw do nakazania Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Societa Italiana z postępowania, lecz stwierdzić należy, że zachodzą uzasadnione przesłanki do podjęcia przez Zamawiającego czynności wyjaśniających w zakresie zaistnienia podstaw do

wykluczenia Konsorcjum Societa Italiana z postępowania, biorąc pod uwagę aktualną sytuację finansową lidera Konsorcjum, którego zasoby finansowe zostały powołane do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W zależności od wyniku przeprowadzonych wyjaśnień, Zamawiający będzie mógł żądać potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz braku podstaw do wykluczenia korzystając z trybu art. 26 ust. 3 Pzp, zgodnie z deklaracją Konsorcjum zawartą we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odnośnie sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej prawidłową realizację zamówienia.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), poprzez automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą

okoliczności faktycznych i stanu prawnego ocenę skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Societa Italiana i odmowę przez Zamawiającego ujawnienia Odwołującemu informacji, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący żądał udostępnienia mu informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Societa Italiana jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. całości wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 listopada 2017 r., z dnia 21 grudnia 2017 r. oraz z dnia 19 stycznia 2018 r., oraz całej treści wezwań z dnia 21 grudnia 2017 r. i z dnia 19 stycznia 2018 r.

Zamawiający, pismem z dnia 13 listopada 2017 r., wezwał Konsorcjum Societa Italiana do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej przez wykonawcę oferty. Wykonawca, pismem z dnia 30 listopada 2017 r., udzielił odpowiedzi na wezwanie. Treść tych wyjaśnień nie została Odwołującemu udostępniona w całości z uwagi na okoliczność, że:

- załącznik nr 1 do niniejszego pisma w zakresie akapitu nr 5 oraz

- załącznik nr 2 do niniejszego pisma w zakresie odpowiedzi na część pytań Zamawiającego stanowiły (zdaniem Zamawiającego) tajemnicę przedsiębiorstwa ww. wykonawcy.

Zamawiający ponownie dwukrotnie wzywał Konsorcjum Societa Italiana do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp tj. w dniu 21 grudnia 2017 r. oraz 19 stycznia 2018 r. Treść ww. wezwań oraz odpowiedzi wykonawcy z dnia 5 stycznia 2018 r. i z dnia 23 stycznia 2018 r. również została, w przeważającej części zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu braku wykazania przez Konsorcjum, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych przepisów

ustawy Pzp. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, wykonawca ma prawo zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykazując jednocześnie, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Konsorcjum Societa Italiana dokonując zastrzeżenia informacji przedstawiło stosowne uzasadnienie w każdym przypadku składanych wyjaśnień, wykazując, że zastrzeżone informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zarówno w piśmie z dnia 30 listopada 2018 r., jak i w kolejnych pismach zawierających dodatkowe wyjaśnienia Konsorcjum Societa Italiana przedstawiło uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawiające spełnienie wszystkich przesłanek do uznania, że dane informacje tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Jak wskazał wykonawca, „informacje zastrzeżone niniejszym przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierają wiedzę, która w przypadku ujawnienia pozwoliłaby innym uczestnikom postępowania zapoznać się z istotnymi aspektami działalności gospodarczej Wykonawcy. Zastrzeżony dokument obejmuje bowiem niezwykle doniosłe z gospodarczego punktu widzenia dane dotyczące poszczególnych czynników cenotwórczych oferty. Informacje te pozwalają Wykonawcy na uzyskanie przewagi konkurencyjnej na rynku, a tym samym mają bezpośredni wpływ na zdolność do składania najkorzystniejszych ofert”. Ponadto, jak wskazał wykonawca, kalkulacja ceny na najniższym możliwym do osiągnięcia, a zarazem realnym poziomie, była możliwa dzięki zastosowanym założeniom przy zachowaniu wszelkich wymagań określonych w SIWZ.

Wobec powyższego, należało uznać, że ocena zastrzeżenia części wyjaśnień Konsorcjum Societa Italiana została dokonana przez Zamawiającego w sposób prawidłowy i uwzględniający specyfikę przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz okoliczności faktyczne tej sprawy. Zauważyć należy, że kolejne wyjaśnienia były kontynuacją poprzednich, a zatem ze względu na zbieżność tematyki, nie można czynić wykonawcy zarzutu braku przedstawienia za każdym razem dodatkowej argumentacji w uzasadnieniu dokonanego zastrzeżenia.

W zakresie zarzutu, że zastrzeżone informacje nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uzn. Izba zważyła, że stosownie do tego przepisu 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 poufności. Przesłanki określone w tym przepisie powinny być spełnione łącznie, aby określona informacja (wiadomość) mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa (vide: wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. sygn. ICKN 304/00, wyrok SN z 28.2.2007 r., V CSK 444/06). Do istotnych przesłanek warunkujących efektywną ochronę prawną tajemnicy przedsiębiorstwa należy zatem: uprzednie wyodrębnienie określonej wiadomości jako poufnej informacji, doniosłość poufnej informacji dla majątkowych interesów przedsiębiorcy, podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności, brak okoliczności uwalniających od obowiązku dochowania tajemnicy. W związku z powyższym zastrzeżone jako niejawne w ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mogą być tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa rzeczywiście ustanowioną w trybie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie mogą to być informacje wybrane przez wykonawcę jako niejawne dla potrzeb konkretnego postępowania, lecz ujawniane i powszechnie dostępne w innych postępowaniach, o których zainteresowany podmiot mógł poznać wiadomość na zwykłej i dozwolonej drodze. Określona informacja przestaje być tajemnicą przedsiębiorstwa, jeżeli każdy konkurent może się o niej dowiedzieć w dozwolonej drodze (vide: wyrok SN z dnia 3 kwietnia 2002 r. V KKN 223/00, wyrok SN z dnia 5 września 2001 ICKN1159/00).

Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania (np. formuł chemicznych, wzorców i metod działania) - tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59. Z kolei, za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa (wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2013 r., II SA/Wa 1328/12). Natomiast informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, a niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59). Pojęcia te (informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa) powinny być rozumiane szeroko, również jako „wiadomości dotyczące sposobów produkcji, planów technicznych, metod kontroli jakości, wzorów użytkowych i zdobniczych, wynalazków nadających się do opatentowania, jak też informacje związane z działalnością marketingową, z pozyskiwaniem surowców, organizowaniem rynków zbytu czy informacje odnoszące się do struktury organizacyjnej, zasad finansowania działalności, wysokości wynagrodzeń pracowników. Do tajemnic przedsiębiorstwa zalicza się również tzw.

poufne know-how, w tym zarówno know-how produkcyjne, jak i know-how handlowe" (M. Uliasz, Przestępstwo naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Monitor Prawniczy nr 22/2001).

Informacja taka nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może ona być znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane wejściem w jej posiadanie. Na tajemnicę przedsiębiorstwa składa się całokształt informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych i innych, a nie jedynie poszczególne elementy. Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne, nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności (vide: wyrok SN z dnia 13 lutego 2014, V CSK 176/13; wyrok SN z dnia 28.02.2007 r. sygn. akt V CSK 4444/06).

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki (zob. uchwała SN z 21 października 2005 r., III CZP 74/05). W praktyce przyjmuje się, że aby określone informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa i mogły skorzystać z przysługującej im ochrony:

- a) nie mogą być ujawnione do wiadomości publicznej, przy czym za tajemnicę przedsiębiorstwa nie zostaną uznane publicznie dostępne informacje, w tym np.: dane z KRS, dane CEIDG, dane zawarte w rocznych sprawozdaniach finansowych, informacje opublikowane na stronach internetowych, w ogólnodostępnych raportach, prasie branżowej lub na ulotkach informacyjnych, dane ujawnione w czasie publicznych prezentacji, daty stosowania określonych materiałów reklamowych przez przedsiębiorcę, informacje, co do których ustawodawca zobligował przedsiębiorcę do ich podania do wiadomości publicznej (np. informacja o zakresie umocowania do dokonywania czynności faktycznych lub prawnych przez pośrednika kredytowego);
- b) muszą stanowić informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą (np. plany techniczne, listy klientów, metody kontroli jakości towarów i usług, sposób organizacji pracy), w tym co najmniej minimalnej wartości ekonomicznej (tj. wykorzystanie tych informacji pozwoli innemu przedsiębiorcy zaoszczędzić wydatki lub zwiększyć zyski);
- c) przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, przy czym nie mogą to być jakiegokolwiek działania, lecz takie, które mają zapewnić ochronę tych informacji przed dostępem osób nieuprawnionych, działania te mogą mieć charakter techniczny (np.: dozór fizyczny, kontrola dostępu do pomieszczeń, monitoring, właściwy obieg dokumentacji lub technologie zapewniające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa) lub prawny (np.: poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule w umowach o pracę, oddzielne umowy o poufność, zakazy konkurencji, oświadczenia o poufności dokumentów wysyłanych drogą elektroniczną lub tradycyjną).

W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał badania i oceny zastrzeżonych informacji. Jak ustalił Zamawiający, mają one charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny

przedsiębiorstwa oraz posiadają wartość gospodarczą, które biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia, w szczególności formułę zaprojektuj i buduj, w której jest planowana realizacja zamówienia, niosą ze sobą istotny walor intelektualny, który z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy na rynku i konkurencyjności ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stanowią ważny element działalności wykonawcy o wymiernej wartości.

Sam Odwołujący wskazywał, że wyjaśnieniami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa objęte zostały informacje kluczowe z punktu widzenia tego konkretnego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym zauważyć należy, że kazuistyczny charakter pytań Zamawiającego, a także odpowiedzi wykonawcy nie pozbawia tych informacji waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Stanowią one niewątpliwie cenny

gospodarczo dorobek intelektualny przedsiębiorstwa, który może być wykorzystywany w dalszej działalności na rynku. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że kazuistyczny charakter i związek z bieżącym postępowaniem wyklucza możliwość zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do dalszej argumentacji Odwołującego Izba zważyła, że rozwiązania wskazane przez wykonawcę muszą oczywiście być dopasowywane do wymogów SMZ i warunków zastanych na terenie budowy, ale przyjęcie przez wykonawcę określonego rozwiązania projektowego czy technicznego, które jest wynikiem zdobytej wiedzy i doświadczenia danego wykonawcy, może stanowić informację, która ma wartość gospodarczą dla autora tego rozwiązania, biorąc pod uwagę możliwość wykorzystania takiej

informacji przez konkurencyjnych wykonawców w przyszłych postępowaniach. Jednocześnie należy podkreślić, że nie muszą to być jedynie nowe i nieznane konkurentom rozwiązania techniczne, a w szczególności rozwiązania o charakterze innowacyjnym.

Ponadto, wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w ramach odpowiedzi na pytania dotyczące kalkulacji ceny oferty mogą zostać również podlegać zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie są to informacje, których wykonawca nie może zastrzec w świetle art. 8 ust. 3 Pzp, gdyż zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp, zastrzeżenie nie może obejmować m.in. informacji dotyczących ceny, które są odczytywane na otwarciu ofert - nie chodzi tu zatem o informacje dotyczące ceny - składane przez wykonawców w ramach wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji oferty. Przepis ten w żadnym zakresie nie stanowi podstawy do wyłączenia możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień odnoszących się do ceny oferty.

Utajnienie wyjaśnień dotyczących harmonogramu prac przy realizacji zamówienia, a tym samym tempo oraz sposób organizacji pracy w zakresie realizacji zamówienia jest również dopuszczalne w świetle wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, gdyż stanowią one mogą informacje o wartości rynkowej, zwłaszcza wówczas gdy są to informacje szczegółowe, wykraczające w sposób znaczny ponad ogólne wymagania dotyczące sporządzenia harmonogramu robót w ofercie. Uwzględniając charakter tych informacji przedstawiony przez Konsorcjum Societa Italiana w wyjaśnieniach za uzasadnione należało uznać ich zastrzeżenie i ochronę przed ujawnieniem do wiadomości publicznej.

Tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić również dane o czynnikach cenotwórczych oferty oraz o partnerach handlowych, skoro informacje te zostały objęte ochroną przez wykonawcę i danych tych nie można uzyskać z publicznie dostępnych rejestrów czy dokumentów, a pracownicy wykonawcy zobowiązani są do zachowania tych informacji w poufności, a także nazwiska osób pełniących funkcje nadzorcze na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, których ujawnienie na etapie składania i oceny ofert może narazić wykonawcę na negatywne konsekwencje. Nie stoi to w sprzeczności z obowiązkiem ich późniejszego upublicznienia. Podkreślić należy, że tajemnica przedsiębiorstwa może mieć charakter ograniczony czasowo.

W uzasadnieniu przedstawionym przez Konsorcjum Societa Italiana zostały wykazane okoliczności wskazujące, że wykonawca spełnił wymogi wynikające z art. 8 ust. 3 Pzp do zastrzeżenia informacji przedstawionych w wyjaśnieniach, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a ocena tego zastrzeżenia dokonana przez Zamawiającego została dokonana w sposób prawidłowy. Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje nie mają wartości gospodarczej oraz że ich utajnienie miało służyć wyłącznie uniemożliwieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji oferty Konsorcjum Societa Italiana. W ocenie Izby, twierdzenie, że zastrzeżone informacje nie świadczą o know-how Konsorcjum Societa Italiana nie znajduje oparcia w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Wskazanie przyjętych rozwiązań technologicznych pozwala bowiem na określenie możliwości technicznych wykonawcy, jego wiedzy i doświadczenia oraz sposobu organizacji, co wpływa na jego konkurencyjność na rynku. W nawiązaniu do ww. okoliczności należy uznać za bezpodstawny argument Odwołującego, że zastrzeżone informacje dotyczą jedynie tego konkretnego postępowania, wobec czego nie stanowią stałego waloru przedsiębiorcy. Należy stwierdzić, że pomimo, iż zastrzeżone informacje rzeczywiście dotyczą rozwiązań stosowanych w tym konkretnym postępowaniu to - jak wskazano powyżej - dotyczą one cech przedsiębiorcy mających istotną wartość rynkową - relacje handlowe, doświadczenie, posiadana wiedza, zdolności techniczne i technologiczne.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

Przewodniczący: