

Sygn. akt: KIO 451/18

**WYROK**  
**z dnia 26 marca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PORR spółka akcyjna w Warszawie, CYES MARITIME WORKS S.L. w Walencji, Hiszpania, ROVERPOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni**

przy udziale wykonawcy **Cooperativa Muratori & Cementisi-C.M.C. di Ravenna Societa Cooperativa w Ravennie, Włochy**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Dyrektorowi Urzędu Morskiego w Gdyni** uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia przez wykonawcę **Cooperativa Muratori & Cementisi-C.M.C. di Ravenna Societa Cooperativa w Ravennie, Włochy**, informacji przedstawionych w załącznikach do pisma z dnia 23 lutego 2018 r., jako tajemnicy przedsiębiorstwa.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Cooperativa Muratori & Cementisi-C.M.C. di Ravenna Societa Cooperativa w Ravennie, Włochy** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PORR spółka akcyjna w Warszawie, CYES MARITIME WORKS S.L. w Walencji, Hiszpania, ROVERPOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Cooperativa Muratori & Cementisi-C.M.C. di Ravenna Societa Cooperativa w Ravennie, Włochy**, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PORR spółka akcyjna w Warszawie, CYES MARITIME WORKS S.L. w Walencji, Hiszpania, ROVERPOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

2.3. zasądza od wykonawcy **Cooperativa Muratori & Cementisi-C.M.C. di Ravenna Societa Cooperativa w Ravennie, Włochy**, na rzecz zamawiającego **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

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

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

I. Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 września 2017 r., poz. 2017/S 187-382078. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 22 marca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PORR spółka akcyjna w Warszawie, CYES MARITIME WORKS S.L. w Walencji, Hiszpania, ROVERPOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: ZNKU) poprzez:

1) bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego za uzasadnione zastrzeżenia dokonane przez CMC w treści pisma z dnia 23 lutego 2018r. obejmującego wyjaśnienia mające potwierdzić, że zaoferowana cena danej części zamówienia nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, iż informacje przedstawione w załącznikach do przedmiotowego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa CMC w rozumieniu art. 11 ust. 4 ZNKU, pomimo, iż CMC nie wykazał, że informacje znajdujące się w treści załączników do pisma stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa;

2) bezpodstawnego uznania przez Zamawiającego, iż informacje przedstawione przez CMC w załącznikach do pisma z dnia 23 lutego 2018r. obejmującego wyjaśnienia mające potwierdzić, że zaoferowana cena danej części zamówienia nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa CMC w rozumieniu art. 11 ust. 4 ZNKU, pomimo, iż z wyjaśnień CMC nie wynika, by zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa,

3) a w konsekwencji bezpodstawnego utajnienia tych informacji i nieujawnienia ich pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wbrew obowiązującym zasadom jawności i przejrzystości postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu uznania za nieskuteczne zastrzeżenia przez CMC jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przedstawionych w załącznikach do pisma w/w podmiotu z dnia 23 lutego 2018r. obejmującego wyjaśnienia mające potwierdzić, że zaoferowana cena danej części zamówienia nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i ujawnienia zastrzeżonych informacji Odwołującemu.

Zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Cooperativa Muratori & Cementisi-C.M.C. di Ravenna Societa Cooperativa w Ravennie, Włochy (dalej: CMC albo Przystępujący). Przystępujący wniósł sprzeciw od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający pismem z dnia 6 lutego 2018 r. (kopia pisma Zamawiającego i inne dokumenty przywołane w uzasadnieniu – w aktach sprawy) wezwał CMC na podstawie przepisu art. 90 ust. 1a Prawa zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień potwierdzających, że zaoferowana cena danej części zamówienia nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny.
2. Przystępujący w piśmie z dnia 23 lutego 2018r. złożył wyjaśnienia dotyczące potwierdzenia, że zaoferowana cena danej części zamówienia nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedstawił stwierdzenia mające uzasadnić zaoferowaną przez niego cenę (przywołał definicję rażąco niskiej ceny, wskazywał, że

jest wiodącą firmą budowlaną), a dodatkowo wskazał, że szczegółowa kalkulacja poszczególnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia oraz ich koszt została przedstawiona w załącznikach do przedmiotowego pisma. Jednocześnie Przystępujący zastrzegł, że informacje przedstawione w załącznikach do wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ZNKU, w związku z czym nie mogą być one ujawniane oraz nie mogą być udostępniane podmiotom trzecim na podstawie art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Przystępujący podał, że załączniki do pisma zawierają informacje ściśle chronione przez wykonawcę, wpływające na jego pozycję konkurencyjną względem innych przedsiębiorców, mają istotną wartość gospodarczą, a także, że nie zostały ujawnione do informacji publicznej.

3. Zamawiający udostępnił Odwołującemu pismo Przystępującego z dnia 23 lutego 2018 r. (6 stron), bez załączników (strony od 7 do 309), w konsekwencji czego Odwołujący wniósł odwołanie.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie należy uwzględnić.

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażona w art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jest jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych i służy do realizacji innych zasad – zasady równego traktowania wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Od zasady jawności przepisy przewidują wyjątek, opisany w art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ZNKU, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. „Przepis ten co prawda nadal odnosi się wyłącznie do ofert i wniosków, jednak od lat stosuje się go *per analogiam* także do innych dokumentów zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, m.in. wyjaśnień i uzupełnień. W takim wypadku terminem na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (a teraz i wykazanie, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa), jest chwila złożenia zamawiającemu danego dokumentu.” (KIO 338/15). Najpóźniej wraz ze składaną informacją, wykonawca powinien wykazać, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (KIO 926/17). Choć Krajowa Izba Odwoławcza nie utożsamia obowiązku „wykazania” z „udowodnieniem” istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa (KIO 1015/17), to

jednak dla "wykazania" często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia; wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. To od charakteru i rodzaju informacji, jak i innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy, będzie zależało to czy dla "wykazania" wystarczą jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku, itp, czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów, np. umów, koncepcji, raportów, itd. (KIO 512/17).

Przystępujący jednak, w ocenie Izby, takich prób wykazania, że zastrzeżone informacje, zawarte na stronach od 7 do 309, jako załączniki do pisma z 23 lutego 2018 r., stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w ogóle nie podjął. Poza ogólnikowymi stwierdzeniami, że informacje zawarte tamże stanowią wartość gospodarczą i nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, nie zawarto w piśmie żadnego uprawdopodobnienia odnośnie zasadności zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa. W pliku dokumentów znajdują się informacje o bardzo zróżnicowanym charakterze – zdjęcia, certyfikaty nawigacji, certyfikaty klasy, wyliczenia i oferty handlowe. Ogólne stwierdzenia odnośnie konieczności zachowania poufności nie wyróżniają żadnych grup dokumentów.

Wobec obowiązującej zasady jawności wykonawca, jeżeli składa dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, musi godzić się z ryzykiem, że jeżeli nie spełni przesłanek, o których mowa w art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, tj. nie wykaże, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, to zostanie ona ujawniona. Zatem sama okoliczność, że informacja może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, nie przesądza o zachowaniu danej informacji w poufności - konieczne jest bowiem wykazanie przez wykonawcę, że informacja rzeczywiście taką tajemnicę stanowi. W ocenie składu orzekającego Przystępujący nie wykazał, zgodnie z art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, że informacje, zawarte w załącznikach do pisma z 23 lutego 2018 r., stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji, zgodnie z wnioskiem Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....