

Sygn. akt: KIO/UZP 797/09

WYROK
z dnia 9 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**

Członkowie: **Stanisław Sadowy**
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Intercity S.A., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17** protestu z dnia 25 maja 2009 r.

przy udziale **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11** na rzecz **PKP Intercity S.A., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11**.

U z a s a d n i e

PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wykonanie napraw rewizyjnych 10 wagonów osobowych typu 305Ad”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 7 kwietnia 2009 r., nr 2009/S 67-097015.

Pismem z dnia 21 maja 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu w dniu 22 maja 2009 r.) wykonawca NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, zwany dalej „NEWAG” wniósł protest w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia, zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie zasady udzielania zamówień publicznych w myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania przez Zamawiającego w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nie odtajnienie informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa,
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding oraz ZNTK Mińsk Mazowiecki jako niezgodnej z ustawą.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie protestu,
2. ujawnienie informacji uznanych bezprawnie za tajemnicę przedsiębiorstwa,

3. dokonanie czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, złożonej przez konsorcjum firm: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding oraz ZNTK Mińsk Mazowiecki.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów NEWAG wskazał m.in., iż konsorcjum firm, którego pełnomocnikiem jest wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding zastrzegło część oferty (s. 4-6) złożonej przez tego wykonawcę, tj. załącznik nr 2 „Formularz cenowy” oraz „Zestawienie prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej wagonów osobowych”, tj. te części oferty, które zawierają cenę za realizację przedmiotu zamówienia, a więc te informacje, które nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa na mocy art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie podniósł, iż zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, w tym m.in. informacji dotyczących ceny. Tym samym rażąco naruszenie zasady jawności przez konsorcjum z liderem Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding czyni jego ofertę nieważną i podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co potwierdza uchwała SN w sprawie o sygn. akt III CZP 74/05.

Pismem z dnia 29 maja 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding z siedzibą w Bydgoszczy, zwany dalej „Odwołującym” otrzymał w tej samej dacie).

Pismem z dnia 1 czerwca 2009 r. Odwołujący przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu. Odwołujący w złożonym przystąpieniu podniósł m.in., iż wykonawca NEWAG nie ma interesu prawnego we wniesieniu protestu, gdyż kwestionuje ofertę konsorcjum firm: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding oraz ZNTK Mińsk Mazowiecki, która nie została złożona w tym postępowaniu, wobec czego przedmiotem protestu jest oferta nieistniejąca, a zatem nie może być ona przedmiotem postępowania.

Nadto wskazał, iż zastrzegł informacje zawarte w załączniku nr 2 do SIWZ „Formularz cenowy” oraz Załączniku nr 2.1 do SIWZ „Zestawienie prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej wagonów osobowych”, gdyż zawierają elementy, których suma składa się na cenę jednostkową oferty, która przemnożona przez ilość wagonów daje wartość netto zamówienia, a powiększona o podatek VAT wartość brutto zamówienia, które to wartości zostały podane w pkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ „Oferta”, który jest jawny.

Pismem z dnia 3 czerwca 2009 r. (wpływ do Odwołującego w dniu 8 czerwca 2009 r.) Zamawiający rozstrzygnął protest przez:

1. jego uwzględnienie w części dotyczącej ujawnienia informacji uznanych przez Odwołującego za tajemnicę przedsiębiorstwa oraz umożliwienie wykonawcom zapoznanie się treścią tych informacji;
2. oddalenie w części dotyczącej zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego,

wskazując m.in., iż Odwołujący, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu zastrzegł klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa wypełniony „Formularz cenowy”, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ oraz „Zestawienie prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej wagonów osobowych”, stanowiące załącznik nr 2.1 do SIWZ. Złożone zastrzeżenie Zamawiający uznał za nieskuteczne, a dokumenty objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa za nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa, tym samym jawne na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie podniósł, iż zastrzeżone załączniki nie zawierają kalkulacji cenowej (marży, zysku, kosztów robocizny) lecz ceny jednostkowe realizowanych prac i nie mają one charakteru technicznego, technologicznego, organizacyjnego przedsiębiorstwa, ani też nie posiadają wartości gospodarczej. „Formularze cenowe” stanowią element wynagrodzenia, który zostanie włączony do umowy i także z tych powodów przedmiotowe informacje nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 10 czerwca 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ do Prezesa UZP w dniu 15 czerwca 2009 r., wpływ do Zamawiającego w dniu 10 czerwca 2009 r.; data nadania do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w 10 czerwca 2009 r.), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 180 ust. 8 ustawy Pzp poprzez rozstrzygnięcie protestu na zaniechanie Zamawiającego w stosunku do oferty, która nie była przedmiotem protestu i ujawnienie danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartych w ofercie Odwołującego, pomimo iż wykonawca NEWAG nie wnosił o ujawnienie tych informacji w ofercie Odwołującego, lecz w ofercie konsorcjum firm: Pojazdy Szybowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding oraz ZNTK Mińsk Mazowiecki, które nie złożyło oferty w tym postępowaniu,

a dodatkowo z ostrożności procesowej:

2. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwaną dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”,

3. art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp unieważnienia czynności Zamawiającego ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego oraz umożliwienia innym wykonawcom zapoznania się z ich treścią.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa elementy składające się na ceny jednostkowe określone w rozdziale III pkt 1 ppkt 1 lit. a i b) oraz pkt 2 SIWZ, które służą jedynie do budowania cen jednostkowych elementów naprawy, które to ceny dopiero składają się na cenę jednostkową stanowiącą sumę tych cen, która z kolei przemnożona przez ilość wagonów i powiększona o podatek VAT daje cenę ofertową, a cena ofertowa podana została w załączniku nr 1 do SIWZ „Oferta”, który jest jawny. W interesie Odwołującego leży zachowanie w tajemnicy kalkulacji ceny jaka zawarta jest w kwestionowanych załącznikach, gdyż zawiera ona m.in. ceny jednostkowe poszczególnych prac składających się na cenę naprawy, stopień uwzględnienia poszczególnych elementów naprawy w cenie jednostkowej, przesunięcia cenowe pomiędzy tymi elementami, stopień z jakim wykonawca ocenia prawdopodobieństwo wystąpienia określonych napraw w taborze objętym przetargiem, a które to elementy mają decydujący wpływ na zaoferowaną cenę. Powyższe prowadzi do ujawnienia elementów wymienionych przez Zamawiającego jako podlegających ochronie

W dniu 25 czerwca 2009 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca NEWAG przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 3 lipca 2009 r. (wpływ do UZP w tej samej dacie) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wykonawcy z dnia 10 czerwca 2009 r., wnosząc o jego oddalenie na podstawie art. 191 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 litera b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.) oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwoty 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 180 ust. 8 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców, tj.:

1. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding z siedzibą w Bydgoszczy,
2. NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu,
3. H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych w Poznaniu,
4. „Tabor Szynowy” Opole S.A. z siedzibą w Opolu.

W dniu 22 maja 2009 r. wykonawca NEWAG wniósł protest, kwestionowany następnie przez Odwołującego, jako dotyczący wykonawcy, który w tym postępowaniu nie złożył oferty. Odwołujący podniósł, iż protest dotyczy informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie konsorcjum firm: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding oraz ZNTK Mińsk Mazowiecki, a nie oferty wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding.

Izba zważyła co następuje:

Art. 180 ust. 8 ustawy Pzp określa zawartość protestu. W myśl tego przepisu protest powinien wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie Zamawiającego, a także zawierać żądanie, zwięzłe przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające jego wniesienie.

Bezspornym jest, iż protest wniesiony przez wykonawcę NEWAG elementy te zawiera. Przedmiotem protestu jest bowiem czynność zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia informacji, zawartych w ofercie konsorcjum firm: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding oraz ZNTK Mińsk Mazowiecki, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. W proteście jednoznacznie sformułowano zarzuty i żądania, wskazując w uzasadnieniu argumenty faktyczne i prawne postawionych w nim zarzutów. Oznacza to, iż kwestionowany protest czyni zadość wymaganiom przewidzianym dla protestu, a więc spełnia wymogi wskazane w art. 180 ust. 8 ustawy Pzp.

Bezspornym jest także, iż wykonawca NEWAG błędnie oznaczył stronę, poprzez wskazanie, iż protest dotyczy oferty złożonej przez konsorcjum firm: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding oraz ZNTK Mińsk Mazowiecki, a więc oferty wykonawcy, który w niniejszym postępowaniu oferty faktycznie nie złożył, zamiast oferty wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, który jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania.

Przystępujący potwierdził, iż istotnie popełnił omyłkę, oznaczając wykonawcę, którego ofertę oprotestował. Jednak wynika ona stąd, iż Zamawiający prowadzi obecnie równoległe trzy postępowania zbliżone przedmiotowo, a zarówno Przystępujący, jak i Odwołujący są ich uczestnikami i we wszystkich z tych postępowań wnosił protest na zaniechanie odtajnienia

informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Fakt ten potwierdził na rozprawie Zamawiający, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył.

Wątpliwości nie budzi także okoliczność, iż w uzasadnieniu protestu błędnie określono numery kwestionowanych załączników 2.1 –2.6 oraz numery stron oferty, na których są one zawarte, tj. s.4-6 oferty. Niemniej jednak nazwy załączników, mimo błędnego wskazania ich numerów zostały określone prawidłowymi nazwami.

Natomiast, co nie jest kwestionowane, w proteście wykonawcy NEWAG prawidłowo określono nazwę postępowania, którego wniesiony protest dotyczy.

Tym samym Izba uznała, iż istotnie, mimo iż w niniejszym proteście występuje omyłka, czy też niedokładność oznaczenia wykonawcy, w którego ofercie wskazane informacje zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa, omyłka ta, czy też niedokładność ta (w zakresie wniosku protestu, jak i wskazania składającego kwestionowaną ofertę) nie może stanowić podstawy oddalenia odwołania, gdyż ma charakter omyłki co do tekstu, a nie co do treści. Niewątpliwym jest, iż w skład błędnie wskazanego konsorcjum wchodzi wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, który w innym (przedmiotowym) równoległym prowadzonym postępowaniu składał ofertę samodzielnie jako wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding. Błędne oznaczenie wykonawcy, którego oferta jest kwestionowana, w sytuacji kiedy z całej treści protestu można wywieść, iż w istocie kwestionowane jest zastrzeżenie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, a złożony protest zawiera wszystkie wymagane elementy określone w art. 180 ust. 8 ustawy Pzp, nie może prowadzić do stwierdzenia, iż protest dotyczy oferty, której w niniejszym postępowaniu nie złożono. Skoro więc oświadczenie woli należy tłumaczyć tak, jak tego wymagają okoliczności, w których zostało złożone, biorąc pod uwagę fakt, iż prowadzonych jest przez Zamawiającego kilka postępowań o podobnym zakresie, w których Odwołujący i Przystępujący biorą udział, jak również kwestionowania zastrzeżenia określonych informacji jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w ofertach Odwołującego, składanych w tych postępowaniach samodzielnie i w konsorcjum stwierdzić należy, iż z całej treści protestu wynika jakiej czynności i jakiego postępowania przedmiotowy protest dotyczy, jakie są jego zarzuty i żądania, tym samym identyfikując podmiot, którego oferta faktycznie jest kwestionowana.

Zarzut nieuprawnionego ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale XI „Opis sposobu przygotowania ofert” pkt 5 ppkt 2 i 3 zamieścił postanowienie, iż oferta powinna zawierać „Formularz cenowy – wypełniony zgodnie ze wzorem załącznika nr 2 do SIWZ” oraz „Zestawienie oferowanych cen

jednostkowych prac wykraczających poza stały zakres naprawy – według załącznika nr 2.1 do SIWZ”, jednocześnie wskazując, iż w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wykonawca winien w sposób niebudzący wątpliwości zastrzec, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący w złożonej ofercie zastrzegł dokumenty jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. „Formularz cenowy”, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ (s. 4 oferty) oraz „Zestawienie prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej wagonów osobowych”, stanowiący załącznik nr 2.1 do SIWZ (s. 5 oferty).

Nadto Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale XIII SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” wskazał szczegółowo w jaki sposób należy wypełnić załącznik nr 2 i nr 2.1 oraz jak wyliczyć cenę oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego statuuje art. 8 ustawy Pzp, ograniczając ją tylko do przypadków wskazanych w ustawie. Ograniczenie takie zawiera art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, z treści którego wynika, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione. Istotnie Odwołujący, w terminie wskazanym w ustawie Pzp, zastrzegł określone informacje (załącznik nr 2 i nr 2.1) jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Niemniej jednak Zamawiający zobowiązany jest zbadać każdy zastrzeżony dokument jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa, biorąc pod uwagę definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którą tajemnicą przedsiębiorstwa jest:

- 1) informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub innym posiadająca wartość gospodarczą,
- 2) nieujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) w stosunku, do której podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Tym samym Zamawiający był zobowiązany do zbadania prawidłowości zastrzeżenia przez Odwołującego załącznika nr 2 i nr 2.1. Załącznik nr 2 do SIWZ „Formularz oferty” zawiera tabelę określającą przedmiot zamówienia (typ wagonu, łączną ilość napraw), ceny jednostkowe naprawy (cenę jednostkową stałego zakresu naprawy w PLN (kolumna 3), cenę jednostkową prac wykraczających poza stały zakres naprawy w PLN – przeniesiona z załącznika nr 2.1 (kolumna 4), cenę jednostkową naprawy w PLN (kolumna 3+4)), wartość netto oferty w PLN, wartość VAT w PLN oraz wartość brutto oferty w PLN.

Natomiast w załączniku nr 2.1 do SIWZ „Zestawienie prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej wagonów osobowych” w tabeli zawierającej wyszczególnione prace ze wskazaniem jednostki miary należało wpisać ceny jednostkowe w PLN dla poszczególnych rodzajów prac, a następnie podać sumę oferowanych cen jednostkowych prac wykraczających poza stały zakres oraz cenę jednostkową prac wykraczających poza stały zakres.

Zdaniem Odwołującego informacje zawarte we wskazanych załącznikach kumulatywnie spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż są w istocie sposobem budowania ceny napraw. Jego zdaniem zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą przejawiającą się w odpowiednim kalkulowaniu ceny, co pozwala na uzyskiwanie zamówień i konkurowanie na rynku tego rodzaju wykonawców, ponieważ ceny są budowane pod konkretne zamówienie. Zdaniem Izby Odwołujący nie udowodnił jednak w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych przez niego informacji spowoduje negatywne dla niego skutki w postaci m.in. utrudnienia mu skutecznego ubiegania się o zamówienia publiczne, zmiany jego pozycji na rynku oraz pogorszenia pozycji negocjacyjnej z innymi odbiorcami. Załączniki nr 2 i nr 2.1 miały być bowiem wypełnione zgodnie ze wskazówkami Zamawiającego zawartymi w rozdziale XIII „Opis sposobu obliczenia ceny”, a z których to jednoznacznie wynika, iż sam Zamawiający dopuszczał już sytuacje, w których cena poszczególnych pozycji może być określona poprzez wpisanie „0” lub „-”. Tak więc Zamawiający szczegółowo określając sposób obliczenia ceny zarówno ofertowej, jak i cen jednostkowych stałego zakresu jednej naprawy rewizyjnej oraz cen jednostkowych prac wykraczających poza stały zakres naprawy, a jednocześnie żądając podania tych danych w kwestionowanych załącznikach, nadał im szczególnie znaczenie. Stanowią one bowiem element wynagrodzenia, element, w oparciu o który będą dokonywane płatności. Samo wskazanie cen jednostkowych nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Byłoby to natomiast możliwe, gdyby w załącznikach tych żądano wpisania szczegółowej kalkulacji ceny w stosunku do prac wyspecyfikowanych w poszczególnych pozycjach tabeli, w tym także wysokości zysku i szczegółowego określenia wszelkich kosztów związanych z daną pracą. Dopiero bowiem tego typu dane mogą zobrazować sposób kalkulacji ceny.

Tymczasem Odwołujący na poparcie swych tez, poza twierdzeniami zawartymi w pismach procesowych oraz argumentami podniesionymi na rozprawie, nie przedłożył żadnych dowodów, które potwierdziłyby prezentowane przez niego stanowisko. Okoliczność, iż wykonawca NEWAG jest konkurentem Odwołującego, w sytuacji, gdy na rynku tego rodzaju usług działa kilka podmiotów konkurujących z sobą w poszczególnych postępowaniach, nie stanowi podstawy do uznania, iż określone informacje mogą być zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Konkurencja na określonym rynku zamówień stanowi bowiem prawidłowy element tej regulacji.

Informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa – jak twierdzi Odwołujący - nie zostały przez niego podane do publicznej wiadomości, są znane jedynie Zamawiającemu i wąskiej grupie pracowników Odwołującego oraz zastrzeżono je już w terminie składania ofert. Niemniej jednak, Odwołujący nie wykazał w jaki sposób, poza opatrzeniem załączników nr 2 i nr 2.1 klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa uniemożliwił osobom trzecim zapoznanie się z ich treścią, w tym nie przedstawił żadnych dokumentów, które by pokazywały działania podjęte chociażby w zakładzie pracy Odwołującego.

Argument zastrzeżenia informacji zawartych w jedynie dwóch załącznikach (1 i 2) do umowy, podczas gdy w stosunkach gospodarczych możliwe jest zastrzeżenie całych umów, na gruncie ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia.

Art. 139 ust. 3 ustawy Pzp stanowi bowiem, iż umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznych, tj. w trybie art. 7, 12, 13 i 14 wskazanej ustawy, co stanowi uzupełnienie zasady wyrażonej w art. 8 ustawy Pzp, a obowiązek ich ujawnienia ciąży na wszystkich zamawiających, a więc także na Zamawiającym w niniejszym postępowaniu, bez względu na to, czy są oni objęci zakresem podmiotowym ustawy o dostępie do informacji publicznej, czy też nie. Wskazać więc należy, że sposób rozumienia przywołanego odesłania z art. 139 Pzp przedstawiony przez Odwołującego w odwołaniu jest błędny. Istotą jego bowiem nie jest jej ograniczenie dostępu do informacji publicznej, ale sposób udostępnienia.

W tym miejscu podkreślić należy, że informacje zawarte w załączniku nr 2 i nr 2.1 stanowią odpowiednio załącznik nr 1 i nr 2 do umowy (s. 57 SIWZ), które zgodnie z § 4 ust. 2 i 3 oraz § 8 projektu umowy, stanowią będą każdorazowo podstawę wzajemnych rozliczeń, w tym wystawienia faktur VAT oraz wyceny prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej i uzupełniającej braki w wagonie osobowym, poprzez określenie cen jednostkowych wyspecyfikowanych każdorazowo prac i ich łącznych wartości, w tym także w ramach rodzajów prac, i jako takie niewątpliwie będą jawne. Oznacza to, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż cena jednostkowa mimo, że nie jest oceniana przez Zamawiającego stanowi istotny element wynagrodzenia. Tym samym załącznik dodatkowy, poza załącznikiem nr 1 do SIWZ „Oferta”, w którym faktycznie wskazano jedynie cenę oferty, zawierający jedynie ceny jednostkowe poszczególnych prac wskazanych w tabeli (załącznik nr 2 i nr 2.1), nie może być utajniony. A ponieważ gospodarka finansowa jednostek sektora finansów publicznych jest jawna jednostki te zobowiązane są do podawania do publicznej wiadomości informacji, dotyczących nie tylko zasad i świadczenia usług dla podmiotów uprawnionych, ale również zasad odpłatności za świadczone usługi, a więc wynagrodzeń wykonawców i ich poszczególnych elementów.

Reasumując stwierdzić należy, iż nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji enumeratywnie wyliczonych w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, podawanych w trakcie otwarcia ofert. Skoro więc, jak już wyżej wskazano, w tabelach załącznika nr 2 i nr 2.1 do SIWZ oprócz ceny oferty zawarte są ceny jednostkowe poszczególnych prac nie mogą być one opatrzone klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Naczelną zasadą zamówień publicznych jest bowiem jawność i konkurencyjność, co oznacza, iż utajnienie przez wykonawców jakichkolwiek dokumentów powinno mieć charakter rzeczywiście wyjątkowy.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*