

WYROK
z dnia 10 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: **SITA Polska Sp. z o.o. (lider), INTOP Warszawa Sp. z o.o., Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe MOSTY Sp. z o.o. S.K.A.** z siedzibą dla lidera: **ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **J. Ż., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Galeria Czystości J. Ż., Al. Poznańska 173, 64-920 Piła**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach ujawnienie treści pisma wykonawcy J. Ż., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Galeria Czystości J. Ż., Al. Poznańska 173, 64-920 Piła z dnia 2 czerwca 2015 r. – znak: ZDM-K/38532/15 wraz z załącznikami,

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: **SITA Polska Sp. z o.o. (lider), INTOP Warszawa Sp. z o.o., Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe MOSTY Sp. z o.o. S.K.A.** z siedzibą dla lidera: **ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawa – Zarządu Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: **SITA Polska Sp. z o.o. (lider), INTOP Warszawa Sp. z o.o., Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe MOSTY Sp. z o.o. S.K.A.** z siedzibą dla lidera: **ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na „Czyszczenie drogowych obiektów inżynierskich i ekranów akustycznych zlokalizowanych na terenie m.st. Warszawy” wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: SITA Polska Sp. z o.o. (lider), INTOP Warszawa Sp. z o.o., Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe MOSTY Sp. z o.o. S.K.A. (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie wobec:

1. czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Galeria Czystości J. Ż. (dalej „Galeria Czystości” albo „przystępujący”),
2. zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień składanych przez Galerię Czystości w trybie art. 90 Pzp, tj. dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę,
3. zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu pisma (oświadczenia) Galerii Czystości o zastrzeżeniu złożonych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, jak i pisma (oświadczenia) wskazującego na podstawy prawne i faktyczne tego rodzaju zastrzeżenia,

zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 8 ust. 1-3 oraz art. 96 ust. 3, poprzez zaniechanie odtajnienia złożonych przez Galerię Czystości wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty oraz oświadczenia o zastrzeżeniu ww. wyjaśnień jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa pomimo, że podmiot ten nie wykazał, że dane tam zawarte stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa,
2. art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U z 2003 r., Nr 153, poz. 1503. z późn. zm., zwaną dalej „u.z.n.k”) w zw. z art. 8 ust. 2 oraz 3 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Galerię Czystości w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty oraz w oświadczeniu o zastrzeżeniu ww. wyjaśnień jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Galeria Czystości,
3. nakazanie zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty oraz w oświadczenia o zastrzeżeniu ww. wyjaśnień jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa,
4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert,
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący podał, że w postępowaniu złożone zostały trzy oferty: Galerii Czystości z ceną 1.487.160,00 zł brutto, odwołującego z ceną 2.491.214,00 zł brutto i trzecia z ceną 2.150.280,00 zł brutto, która jednak została odrzucona w konsekwencji wykluczenia tych wykonawców.

Odwołujący wskazał, że zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 2.497.740,00 zł brutto, która – wedle wiedzy odwołującego – odpowiada wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o stawkę VAT.

Odwołujący stwierdził, że zaistniały wobec tego przesłanki określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazujące, iż cena oferowana przez Galerii Czystości może być rażąco niska i podał, że zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Podał także, że w odpowiedzi Galeria Czystości złożyła wyjaśnienia wraz z oświadczeniem o tajemnicy, które nie zostały udostępnione odwołującemu.

Podkreślił, że zamawiający nie odpowiedział na prośbę odwołującego o udzielenie odpowiedzi na pytania dotyczące zawartości ww. wyjaśnień i oświadczenia. Jako dowód wskazał swoje zapytanie z dnia 23 czerwca 2015 r.

Stwierdził, że nie ma praktycznie żadnej wiedzy dotyczącej złożonych wyjaśnień oraz oświadczenia o tajemnicy.

W ocenie odwołującego zamawiający w sposób bezpodstawny przyjął, że wykonawca Galeria Czystości w sposób dostateczny zastrzegł i wykazał, iż wyjaśnienia jak i oświadczenie o tajemnicy stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Zwrócił uwagę, że rozróżnia same wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na cenę od oświadczenia wykonawcy o tym, że ww. wyjaśnienia zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Zauważył, że elementem tego oświadczenia powinno być wykazanie zasadności tego rodzaju zastrzeżenia.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest jawność tego postępowania, która może być ograniczona tylko w przypadkach ściśle określonych ustawą (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp), argumentując, że „Zasada jawności prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne oraz jawność umów w sprawie zamówień publicznych gwarantują przejrzystość prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Informacja jest jednym z czynników mających duże znaczenie gospodarcze w warunkach wolnego rynku. Gwarancja powszechnego dostępu do informacji o prowadzonych postępowaniach pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców”.

Wprawdzie – przyznał odwołujący – art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje ograniczenie zasady jawności, dopuszczając zastrzeżenie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednak – argumentował – należy mieć na uwadze, że przepis ten jest wyjątkiem od zasady i w konsekwencji nie może być interpretowany rozszerzająco.

Za wyrokiem Izby z dnia 2 września 2013 roku przyjął, że: „Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest generalną i naczelną zasadą zamówień publicznych, zaś wszelkie wyjątki od niej winny być interpretowane w sposób ścisły, ostrożny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi. Zasada jawności postępowania obejmuje wszelkie zainteresowane podmioty, a więc jest zasadą erga omnes. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, iż ich oferty co do zasady będą jawne (...)”

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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 i na tej podstawie stwierdził, że do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest po pierwsze poczynienia tego zastrzeżenia nie później niż w terminie składania ofert, a nadto w tym samym terminie wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przyjął, że o ile Galeria Czystości samo zastrzeżenie najprawdopodobniej poczyniła we właściwym terminie, o tyle najpewniej w żaden sposób nie wykazała w tym samym terminie, a tym samym wykonawca ten utracił prawo do zastrzeżenia części oferty (składanych wyjaśnień oraz oświadczenia – dodał odwołujący) jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W konsekwencji – podniósł odwołujący – aby dana informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być łącznie spełnione trzy przesłanki:

- dana informacja nie została udostępniona do wiadomości publicznej,
- dana informacja musi posiadać wartość gospodarczą,
- przedsiębiorca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa musiał podjąć niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Za Sądem Najwyższym podał, że informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem; taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna – bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Stwierdził, że przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy ujawnieniem – działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona.

Odwołując się do orzecznictwa KIO oraz SO podniósł, że nie jest wystarczające powołanie się na przepis art. 11 ust. 4 uznk, ale niezbędne jest jednoznaczne wykazanie wszystkich okoliczności, o których mowa w tym przepisie, przy czym – zaznaczył odwołujący – ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa zawsze na dokonującym takiego zastrzeżenia.

Zwrócił uwagę, że skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Wskazał na nowelizację art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, która to jednoznacznie wskazała, że ciężar wykazania zasadności zastrzeżenia spoczywa na zastrzegającym wykonawcy i to w ściśle określonym terminie.

Odwołujący stanął na stanowisku, że podstawy do tego, aby przypuszczać, że Galeria Czystości tego ciężaru nie udźwignęła, a najpewniej nawet w tym zakresie nie podjęła żadnej próby wykazania, że zostały spełnione wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zarówno samych wyjaśnień jak i oświadczenia o tajemnicy jest to, że zarówno wyjaśnienia jak i oświadczenia o tajemnicy per se nie

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uznał, że trudno sobie wyobrazić, aby oświadczenie o tajemnicy miało stanowić samo w sobie tajemnicę przedsiębiorstwa (ma na celu jedynie wykazanie z jakich powodów „utajnia” się jakieś informacje i co do zasady nie zawiera żadnych tego rodzaju informacji, które stanowiłyby tajemnicę przedsiębiorstwa, nawet gdyby w szcztątkowym zakresie takie informacje były zawarte to możliwe jest „utajnienie” tylko tych informacji, bez utajniania samego pisma).

W ocenie odwołującego działanie Galerii Czystości w tym zakresie jak i zamawiającego miało na celu nie chronienie jakich informacji zawartych w oświadczeniu o tajemnicy, a jedynie utrudnienie odwołującemu weryfikacji skuteczności poczynienia tego rodzaju zastrzeżenie, co nie zasługuje na ochronę.

Odwołujący – co do zastrzeżenia samych wyjaśnień – stwierdził, że najprawdopodobniej Galeria Czystości nie wykazała, aby zostały spełnione łącznie wszystkie przesłanki do poczynienia takiego zastrzeżenia, podkreślając, że tego rodzaju „wykazanie” musiało być dokonane nie później niż przy składaniu wyjaśnień, a zamawiający nie ma prawa żądać dodatkowych wyjaśnień. Argumentował, za wyrokiem KIO z dnia 3 marca 2015 r. sygn. akt KIO 291/15: „przepis art. 8 ust. 3 Pzp, w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 października 2014 r., nakłada na wykonawcę chcącego skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa obowiązek wykazania spełnienia przez objęte ochroną dane przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust. 4 ZnkU. Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia, w ocenie składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania i dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie stanowiłoby de iure et facto naruszenie komentowanego przepisu. W rozpoznawanej sprawie Wykonawca VM objął tajemnicą przedsiębiorstwa wysokość opustów, wykazy usług wraz z dowodami ich należytego wykonania uzasadniając swoją decyzję treścią przepisu art. 11 ust. 4 Znk. W świetle poczynionych wcześniej uwag nie sposób uznać, że ograniczając się wyłącznie do przytoczenia treści przepisu wykazał on, iż zastrzeżone informacje stanowią

tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji objęte takim zastrzeżeniem elementy oferty należało ujawnić”.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 3 lipca 2015 r., *Odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie* – pismo z dnia 7 lipca 2015 r., *Pisma procesowego pełnomocnika przystępującego* – pismo z dnia 9 lipca 2015 r., a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzuty: zaniechanie odtajnienia złożonych przez Galerię Czystości wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty oraz oświadczenia o zastrzeżeniu ww. wyjaśnień jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa pomimo, że podmiot ten nie wykazał, że dane tam zawarte stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa oraz nieuzasadnionego przyjęcia, że informacje zastrzeżone przez Galerię Czystości w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty oraz w oświadczeniu o zastrzeżeniu ww. wyjaśnień jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W *Protokole postępowania* (Druk ZP-PN) w pkt. 2.2. zamawiający podał, że wartość szacunkowa zamówienia została przez niego ustalona w wysokości 3 006 539,00 zł, w tym 693 817,00 zł to wartość przewidywanych zamówień uzupełniających (wartość bez zamówień uzupełniających to 2 312 722 zł netto).

W postępowaniu, zgodnie z pkt. 9 *Protokołu postępowania*, złożono 3 oferty z cenami brutto: 1 487 160,00 zł (oferta przystępującego z 8% podatkiem VAT), 2 150 280,00 zł (oferta konsorcjum: ALBLU oraz TREE Polska Sp. z o.o.), 2 491 214,40 zł (oferta odwołującego).

Konsorcjum: ALBLU oraz TREE Polska Sp. z o.o. zostało przez zamawiającego wykluczone, a jego oferta odrzucona (pkt 11 i 12 *Protokołu postępowania*).

Pismem z dnia 29 maja 2015 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów/złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych deklaracji PIT, a nadto, powołując się na przepis art. 90 ust.1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny,

żądając przedstawienia szczegółowego skalkulowania wszystkich cen jednostkowych przedstawionych w *Formularzu Cenowym* i uwzględnienia w wyjaśnieniach szeregu wskazanych okoliczności (w terminie do dnia 8 czerwca 2015 r. godz. 12⁰⁰).

Pismem z dnia 2 czerwca 2015 r. przystępujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego – do dwustronicowego pisma (strona trzecia to Wykaz załączników) przystępujący m.in. załączył 18 stron dokumentów odnoszących się do wyjaśnień co do zaoferowanej ceny („Kalkulacje cenowe”, „*Potwierdzenie upustów cenowych na produkty do usuwania graffiti oraz antygraffiti*”).

W samym piśmie (str. 2, zdanie przedostatnie) przystępujący oświadczył: „*Jednocześnie zastrzegamy, że zawarte informacje w niniejszych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa i są udostępnione wyłącznie pracownikom ZDM w Warszawie na potrzeby niniejszego postępowania*”.

W protokole z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 12 czerwca 2015 r. stwierdzono: „*W odniesieniu do przedstawionych przez firmę Galeria Czystości wyjaśnień rażąco niskiej ceny, komisja przetargowa nie wnosi uwag, tym samym uznajemy przedłożone wyjaśnienia, kalkulacje i dowody*”.

Pismem z dnia 18 czerwca 2015 r. zamawiający poinformował o wyborze w przedmiotowym postępowaniu oferty przystępującego z ceną 1 487 160,00 zł, podając iż uzyskała ona 100 pkt w ramach jedyne kryterium oceny ofert, tj. ceny, oferta odwołującego uzyskała 59,70 pkt, zaś trzecia z ofert nie podlegała ocenie z zastosowaniem przewidzianego kryterium.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Poza sporem był fakt zaistnienia podstaw do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowanej przez tego wykonawcy ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

Poza sporem była także możliwość zastrzeżenia, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, składanych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego informacji udzielonych w ramach wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Poza sporem było nawet to, że wraz z zastrzeżeniem informacji udzielanych w ramach wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wykonawca winien wykazać, że stanowią one tajemnicę jego przedsiębiorstwa – zamawiający na rozprawie oświadczył: „*zastrzegając jakąkolwiek informację jako tajemnicę*”

przedsiębiorstwa, w tym zastrzegając treść wyjaśnień składanych na okoliczność zaferowania rażąco niskiej ceny, wykonawca ma obowiązek jednocześnie z dokonaniem tego zastrzeżenia wykazać, że istnieją do tego podstawy”.

Skład orzekający Izby zauważyła, że odmienne od zamawiającego stanowisko zajął przystępujący w piśmie procesowym z dnia 9 lipca 2015 r., w którym argumentował, że odpowiednie stosowanie norm wyrażonych w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny odbywa się wyłącznie per analogiam, z uwzględnieniem odrębnego charakteru elementów oferty lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o których wprost stanowi art. 8 ust. 3 – nie ma zatem podstaw do stwierdzenia, że brak odrębnego wykazania wraz z poczynionym zastrzeżeniem, że zawarte w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w każdym przypadku eliminuje możliwość uznania zastrzeżenia o niemożliwości ich udostępnienia za skuteczne.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp: *„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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 tajemnice przedsiębiorstwa.”*

Podnieść w pierwszej kolejności należy, że od 19 października 2014 r. ustawodawca (nowelizując art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) nałożył na wykonawcę, zastrzegającego informacje zawarte w ofercie/wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jako stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa, dodatkowy obowiązek, tj. obowiązek wykazania, iż zastrzegane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy. Ten nowy obowiązek winien być przy tym wykonany jednocześnie z samym zastrzeżeniem zachowania informacji w poufności (*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 tajemnice przedsiębiorstwa*).

Obowiązek ten, warunkujący skuteczność zastrzeżenia (*Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca (...)*) nie może być poczytany jako zbędny formalizm jak twierdzi przystępujący w swoim piśmie, ale jako wyraz poszanowania i ochrony zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek ten przesądza także o tym, że sam charakter informacji (informacja posiadająca wartość gospodarczą) nie jest wystarczający do odmowy ujawnienia takich informacji innym uczestnikom jawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Obowiązek ten oznacza nadto, że zamawiający, badając zasadność zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie może oceny tej dokonać w oderwaniu od argumentacji/dowodów składanych przez wykonawcę w celu wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa albo pomimo ich braku (poprzestając na ocenie jedynie charakteru informacji – posiadania wartości gospodarczej).

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku (tak też w wyroku z dnia 10 marca 2015 r. sygn. akt KIO 338/125), że wykonawca ma prawo także na dalszym etapie postępowania, tj. po terminie składania wniosków/ofert (np. na etapie składania przez wykonawcę wyjaśnień na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej) zastrzec informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i podstawą tego jest przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pomimo, że odnosi się on jedynie do informacji zawartych w ofercie/wniosku – w takim jednak przypadku do zastrzeganych po terminie składania ofert/wniosków informacji należy odnieść także obowiązek jednoczesnego wykazania (tj. wraz z dokonywanym zastrzeżeniem zachowania informacji w poufności), że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Za wyrokiem Izby z dnia 9 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 165/15 skład orzekający Izby wskazuje: *„Choć art. 8 ust. 3 p.z.p. wprost określa zasady zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako ograniczenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia wyłącznie w odniesieniu do treści oferty i wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to dozwolone jest zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców, także w odniesieniu do innych dokumentów i oświadczeń składanych w toku postępowania (po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy terminu składania ofert). Jeśli wykonawca zastrzega jako swoją tajemnicę przedsiębiorstwa informacje znajdujące się w innych dokumentach czy oświadczeniach składanych po otwarciu ofert (upływie terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), to również w tym dokumencie (najpóźniej z jego złożeniem zamawiającemu), powinno znaleźć się wykazanie (uzasadnienie) objęcia tych informacji zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa z analogicznymi skutkami, jak w przypadku braku takiego uzasadnienia co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w treści oferty, czy wniosku”*.

Reasumując, z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp należy wywieść prawo wykonawcy do zastrzeżenia jako stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa informacji składanych po upływie terminu składania ofert, a jednocześnie wywieść należy obowiązek wykonawcy do wykazania i to wraz (jednocześnie) z dokonywanym zastrzeżeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W rozpoznawanej sprawie przystępujący niewątpliwie nie wykazał, iż zastrzegane przez niego informacje zawarte w piśmie z dnia 2 czerwca 2015 r. oraz załącznikach do tegoż pisma stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

O ile sam fakt zastrzeżenia tych informacji jest niewątpliwy (przystępujący w piśmie z dnia 2 czerwca 2015 r. oświadczył: (...) *zastrzegamy, że zawarte informacje w niniejszych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa*) o tyle nie sposób uznać, że jako przedsiębiorca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, tj. że spełniona została jedna z przesłanek uzasadniających zachowanie informacji w poufności (wedle rozumienia tajemnicy przedsiębiorstwa w przepisach o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – art. 11 ust. 4). W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego działania te – w świetle obowiązku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – muszą polegać na wykazaniu, jednocześnie z samym zastrzeżeniem, że przedstawiane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Sam przystępujący przyznał w toku rozprawy, że pismo z dnia 2 czerwca 2015 r. nie zawiera odrębnego wykazania co do konieczności zachowania przedstawianych informacji w poufności, argumentując, że sama treść wyjaśnień przesądza, że składane informacje winny być chronione jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Ponieważ, poza – gołosłownym zresztą – stwierdzeniem, że informacje zawarte w wyjaśnieniach przystępującego zostały udostępnione wyłącznie pracownikom ZDM w Warszawie na potrzeby niniejszego postępowania, przystępujący nie przedstawił żadnej argumentacji, czy dowodów, skład orzekający Izby uznał, że przystępujący nie wypełnił nałożonego nań przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp obowiązku, wobec czego zastrzeżenie zachowania w poufności informacji zawartych w piśmie z dnia 2 czerwca 2015 r. i w załącznikach do niego, jest bezskuteczne, co zwalnia zamawiającego z obowiązku zachowania ich w poufności.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że w pełni podziela stanowisko zawarte w wyroku Izby z dnia 2 marca 2015 r. o sygn. akt KIO 279/15, zgodnie z którym: *„Określony w ustawie termin na zastrzeżenie informacji złożonych w ofercie jak również wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa – czyli spełnienie obu warunków ustawowych w określonym terminie – składa się na wykonanie po stronie zastrzegającego tajemnicę obowiązku powzięcia działań mających na celu zachowanie poufności przedstawionych informacji. Jeżeli wykonawca nie tego nie dokonał nie ma ustawowych podstaw do wzywania go do składania oświadczenia zawierającego wykazanie przyczyn objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa”.*

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający winien udostępnić odwołującemu pismo przystępującego z dnia 2 czerwca 2015 r. wraz z załącznikami. Odmawiając, zamawiający naruszył przepisy art. 8 ust. 1-3 oraz 96 ust. 3 ustawy Pzp. Ponieważ, jak trafnie podnosił odwołujący „ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów oceny ofert” skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazał powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Izba uwzględniła odwołanie, uznając że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ ujawnienie i udostępnienie odwołującemu informacji przedstawionych w wyjaśnieniach przystępującego co do zaoferowanej przez niego ceny może doprowadzić do uznania oferty przystępującego za zawierającą rażąco niską cenę, co oznaczałoby, że oferta ta winna zostać odrzucona i nie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W ocenie składu orzekającego Izby wyjaśnienia przystępującego zawarte w piśmie z dnia 2 czerwca 2015 r. oraz załącznikach do tego pisma mają kluczowe znaczenie dla możliwości weryfikacji przez odwołującego wysokości zaoferowanej przez przystępującego ceny i skutecznego skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Rację ma odwołujący twierdząc w odwołaniu, że największe faktyczne możliwości takiej weryfikacji mają profesjonalni uczestnicy rynku (konkurenci).

Jednocześnie Izba stanęła na stanowisku, że badanie przez Izbę, czy cena przystępującego jest ceną rażąco niską mogłoby mieć miejsce jedynie w przypadku postawienia takiego zarzutu, przeprowadzenia rozprawy i przedstawienia przez strony oraz uczestników postępowania dowodów. Postawienie zaś przez obecnego odwołującego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z tego powodu, że zawiera cenę rażąco niską, z odniesieniem się do argumentacji i dowodów przedłożonych przez przystępującego w piśmie i załącznikach jak wyżej (nie zaś, jak ujął to przystępujący na rozprawie, „niejako w ciemno”), nie było do tej pory – ze względu na ich utajnienie – możliwe.

Niezależnie od tego, że – co podkreślał przystępujący – zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył (zamawiającym, jeżeli wykonawca nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego) przypomnienia wymaga, że zarzut odwołania nie może sprowadzać się do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska – należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

To, że odwołujący nie zgłosił zarzutu zaferowania przez przystępującego ceny rażąco niskiej nie oznacza jednak braku podstaw do odrzucenia oferty przystępującego z tego względu, iż złożone przez przystępującego wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Postawienie zaś zarzutu błędnej oceny przez zamawiającego złożonych przez przystępującego wyjaśnień wraz z dowodami (co przesądza o obowiązku odrzucenia takiej oferty) nie było możliwe bez znajomości treści samych wyjaśnień i załączników. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że odwołujący podniósł zarzut błędnej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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: