

WYROK
z dnia 22 września 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2014 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Mott MacDonald Polska sp. z o.o. (lider konsorcjum), Mott MacDonald Limited (uczestnik konsorcjum)**, którego reprezentuje **Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu odtajnienie w ofercie wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dokumentu pn. „Formularz cenowy”, stanowiącego załącznik nr 2.1.
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Mott MacDonald Polska sp. z o.o. (lider konsorcjum), Mott MacDonald Limited (uczestnik konsorcjum)**, którego reprezentuje **Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział**

w Polsce, z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze na rzecz wykonawcy Konsorcjum: Mott MacDonald Polska sp. z o.o. (lider konsorcjum), Mott MacDonald Limited (uczestnik konsorcjum), którego reprezentuje Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset 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 Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 12 września 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 i art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej „ustawą Pzp”), odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie: Mott MacDonald Polska Sp. z o. o. (Pełnomocnik) oraz Mott MacDonald Limited, w imieniu i na rzecz której w Polsce działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą dla Pełnomocnika w Warszawie (dalej jako „Odwołujący” lub „Konsorcjum Mott”).

Odwołanie złożono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zarządzanie kontraktem w zakresie: budowa drugiej jezdni obwodnicy Międzyrzecza w ciągu drogi ekspresowej s-3 km 0+000,00 - km 6+370,00 w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót”. Zamawiającym jest Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzącym postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „TPF”) w jego ofercie w zakresie załącznika nr 2.1 - „Formularza cenowego”.

Zaskarżonej czynności Odwołujący zarzucał naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z 86 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę TPF jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie dokumentu pn. „Formularz cenowy”, pomimo iż dokument ten zawiera wyłącznie informacje o cenie, które zgodnie z przepisami nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa;
2. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „ZNKU”) poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę TPF jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie dokumentu pn. "Formularz cenowy", pomimo iż takie informacje, jako nie mające charakteru technicznego, technologicznego ani organizacyjnego wykonawcy oraz nie posiadające istotnej wartości gospodarczej za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ZNKU uznane być nie mogą;
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 i 86 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bezprawne

uniemożliwienie Odwołującemu zapoznania się z treścią Formularza cenowego, stanowiącego element oferty wykonawcy TPF.

W związku z powyższym, wnoszono o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu ujawnienia zastrzeżonej przez wykonawcę TPF jako tajemnica przedsiębiorstwa oferty TPF w zakresie wypełnionego przez wykonawcę załącznika nr 2.1 do SIWZ, tj. Formularza cenowego;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Wykonawca zaznaczył, że powziął wiadomość o zaskarżonej czynności Zamawiającego 2 września 2014 roku (pismo Zamawiającego z tegoż dnia, informujące o odmowie udostępnienia oferty TPF w zakresie „Formularza cenowego”). Jak wskazuje art. 182 ust. 1 ustawy Pzp termin na wniesienie odwołania upływał w takiej sytuacji 12 września 2014 roku. Odwołanie uznać więc należy za wniesione z zachowaniem wskazanego terminu.

Jednocześnie, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający odmówił mu wglądu do formularza cenowego TPF dopiero w treści pisma z 2 września 2014 roku. Przed 2 września 2014 roku Zamawiający nie zajął ostatecznego stanowiska w tym zakresie. Wskazuje na to już sama treść pisma, zgodnie z którą Zamawiający przed udzieleniem Odwołującemu odpowiedzi podjął „stosowne kroki w celu odtajnienia przedmiotowego dokumentu”. Oznacza to, że wcześniej co najmniej powątpiewał w zasadność zastrzeżenia. Z uwagi na te wątpliwości, w ramach czynności badania skuteczności zastrzeżenia formularza cenowego Zamawiający wezwał TPF do złożenia stosownych wyjaśnień. Dopiero po zapoznaniu się z argumentacją TPF, Zamawiający ostatecznie uznał zastrzeżenie jako skuteczne, efektem czego było pismo z 2 września 2014 roku.

Dla porządku, Odwołujący wskazał, że konkluzji o zachowaniu terminu na wniesienie odwołania nie może zmienić okoliczność, iż w ramach tego postępowania odbyła się już ocena i wybór najkorzystniejszej oferty. Czynność ta została bowiem unieważniona wskutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i w sensie prawnym nie istnieje.

Ubocznie należy wskazać, iż do momentu unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert wskutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w połączonych sprawach KIO 1531/14, KIO 1518/14, KIO 1501/14, oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą. Niecelowe było więc wnoszenie odwołania dotyczącego innych ofert, sklasyfikowanych na dalszych miejscach. Jakkolwiek KIO dopuszcza takie odwołania, to jednak poczytuje je jako uprawnienie (alternatywę) dla wykonawcy, z której może skorzystać przy ponownej ocenie ofert.

Odwołujący podkreślił, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego. Zgodnie z pierwszą oceną ofert złożonych w postępowaniu, oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. Niniejsza czynność Zamawiającego została jednak unieważniona w ramach wykonaniu zapadłego w dniu 6 sierpnia 2014 roku przed KIO wyroku, uwzględniającego m.in. odwołanie wykonawcy TPF (sygn. spraw połączonych do wspólnego rozpoznania: KIO 1531/14, KIO 1518/14, KIO 1501/14). Zgodnie z twierdzeniami uwzględnionego odwołania TPF, jego oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą, a tym samym winna wyprzedzić ofertę Konsorcjum Mott. W związku z tym, powstało uzasadnione ryzyko, że przy ponownej ocenie Odwołujący utraci szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. W interesie Konsorcjum Mott jest tym samym zweryfikowanie prawidłowości ponownej oceny przez Zamawiającego oferty TPF. W obecnej sytuacji będzie to jednak niemożliwe na skutek odmowy ujawnienia treści oferty TPF w zakresie załącznika nr 2.1 - „Formularza cenowego”. Odwołujący zostanie, w praktyce, pozbawiony możliwości sprawdzenia dokonanej przez Zamawiającego oceny braku rażąco niskiej ceny oferty TPF oraz jej formalnej poprawności (m.in. należytego uzupełnienia załącznika 2.1 oraz prawidłowości obliczenia ceny) . Reasumując, brak uwzględnienia złożonego odwołania może pozbawić Konsorcjum uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. W związku z powyższym po stronie Odwołującego, na skutek braku zmiany zaskarżonej czynności istnieć będzie ryzyko doznania szkody, co najmniej w postaci kosztów poniesionych w ramach przygotowania własnej oferty oraz utraty możliwości zdobycia zamówienia.

W uzasadnieniu podniesiono, że w ramach prowadzonego postępowania, 28 sierpnia 2014 roku, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie do wglądu formularza cenowego (załącznik nr 2.1 SIWZ), stanowiącego element oferty wykonawcy TPF. Zamawiający pismem z dnia 2 września 2014 roku poinformował Odwołującego o odmowie uwzględnienia jego wniosku. W uzasadnieniu wskazał, że podjął on próbę odtajnienia przedmiotowej części oferty TPF, jednakże TPF złożył stosowane wyjaśnienia i uzasadnił swój brak zgody na odtajnienie szczegółowej kalkulacji ceny. Zamawiający uznał więc złożony przez TPF formularz cenowy za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący nie zgadzając się z powyższą czynnością podnosi, co następuje:

Zgodnie z warunkami przyjętymi przez Zamawiającego w Rozdziale 10 Tomu I SIWZ, wykonawcy powinni dokonać obliczenia ceny swoich ofert przy wykorzystaniu załącznika nr 2.1 - „Formularza cenowego”. Konstrukcja formularza cenowego wymagała od wykonawców wprowadzenia cen jednostkowych odpowiednich dla wymienionych przez Zamawiającego

pozycji kosztowych. Po przemnożeniu podanej ceny jednostkowej przez (wskazaną przez Zamawiającego) liczbę jednostek danej pozycji kosztorysowej wykonawca uzyskiwał „wartość netto”, którą następnie wpisywał do Formularza cenowego. Suma wszystkich „wartości netto” stanowiła „cenę netto łącznie” oferty. Należy podkreślić, iż Formularz cenowy dla każdej pozycji kosztowej „z góry” wskazywał wyszczególnienie elementów rozliczeniowych, jedn. czasu/ilości/rozliczenia, liczbę jednostek. Wartości te nie mogły być modyfikowane przez wykonawców. Tym samym, żaden z wykonawców nie mógł uwzględnić w Formularzu cenowym: własnych, nie wskazanych przez Zamawiającego prac, wymagających oszacowania; przyjąć odmiennej jednostki czasu/ilości/rozliczenia; dokonać odmiennego niż Zamawiający oszacowania liczby jednostek. W konsekwencji, Formularze cenowe wszystkich wykonawców musiały być identyczne w zakresie kolumny nr 2, 3 i 4. Jedynymi „nowymi” informacjami wprowadzanymi przez wykonawców do załącznika nr 2.1 były więc ceny jednostkowe. Co istotne, SIWZ wymagała jedynie podania samych „końcowych” cen jednostkowych. Zamawiający nie oczekiwał od wykonawców podania elementów składowych poszczególnych cen jednostkowych, jak też sposobu ich kalkulacji. Konsekwencją niniejszego jest chociażby brak miejsca na przedmiotowe informacje we wzorze Formularza cenowego. Nawet więc, gdyby wykonawca chciał podać szerszy zakres informacji, aniżeli same ceny jednostkowe, nie miał ku temu możliwości.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż nawet w zakresie określania wysokości poszczególnych cen jednostkowych wykonawcy nie mieli pełnej swobody. Zgodnie z pkt. 10.2 Tomu i SIWZ: Wartość sumy pozycji 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatecznego Świadczenia Przejęcia” nie może przekroczyć 10% ceny oferty netto. W przypadku gdy wartość ta przekroczy 10% ceny oferty netto, Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Wartość sumy pozycji 3 „Działania promocyjne” nie może przekroczyć 2% ceny oferty netto. W przypadku gdy wartość ta przekroczy 2% ceny oferty netto, Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Cena jednej jednostki czasu dla pozycji 4a nie może przekroczyć 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1a. W przypadku gdy cena jednej jednostki czasu dla pozycji 4a przekroczy 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1a Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Powyższa treść SIWZ świadczy o tym, że Formularz cenowy nie dość, że sam w sobie stanowił dokument o znacznym stopniu ogólności, to dodatkowo stanowił wynik działań arytmetycznych i ograniczeń z góry narzuconych przez Zamawiającego. Nie da się zatem uciec od wniosku, że Formularz przynajmniej w części stanowił treść odtwórczą, wynikającą z innych, jawnych części oferty. Sama kalkulacja łącznej ceny oferty stanowi jedynie proste zsumowanie „wartości netto” wszystkich pozycji kosztowych Formularza cenowego:

- A Cena netto łącznie (1+ 2 + 3 +44- 5)
- B Podatek VAT 23%
- C Cena oferty brutto (A + B)

Także więc w tym zakresie również brak miejsca na „innovacyjność” wykonawcy.

Formularz cenowy jako załącznik do Umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z § 2 ust. 2 załączonego do SIWZ wzoru umowy o udzielenie zamówienia publicznego wypełniony przez wykonawcę „Formularz cenowy” stanowić będzie integralny składnik Umowy (jawnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego). Zamawiający w powyższym zakresie przyznał Formularzowi cenowemu kluczowe znaczenie, ponieważ jego treść stanowi punkt odniesienia do obliczenia rzeczywistego wynagrodzenia wykonawcy (§ 4 wzoru Umowy). Podkreślenia przy tym wymaga, że wynagrodzenie należne wykonawcy będzie obliczane przy wykorzystaniu cen jednostkowych ujętych w Formularzu cenowym, nie zaś „ceny netto łącznej”, która stanowić będzie jedynie odniesienie do progu maksymalnego, rzeczywistego wynagrodzenia z Umowy. W konsekwencji powyższego, zarówno SIWZ (pkt 10.7 Tom I), jak też wzór Umowy (§ 4 ust. 5) zastrzegają, że ceny określone przez wykonawcę w Formularzu Cenowym nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia, za wyjątkiem sytuacji określonych w Umowie.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z 86 ust. 1 i 4 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, iż uwzględnienie przez Zamawiającego zastrzeżenia przez TPF treści formularza cenowego jako tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwagi na charakter informacji ujętych w przedmiotowym dokumencie, jest sprzeczne z art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 86 ust. 1 i 4 ustawy Pzp.

Wykonawca nie może zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Dyspozycja tego ostatniego przepisu wyraźnie obejmuje swoim zakresem informacje dotyczące ceny. Zgodnie z powyższymi przepisami „informacje o cenie” podlegają więc ujawnieniu nawet w okolicznościach, gdyby stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do samego pojęcia „informacji o cenie” podnieść należy, iż zarówno orzecznictwo, jak i doktryna nakazuje rozumieć je szeroko - w sposób nie zawężający jego znaczenia tylko do globalnej ceny oferty. Potwierdzają to m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia: 10 lipca 2009 r., sygn. KIO/UZP 798/09, Lexis.pl nr 2235298; 3 lutego 2014 r., sygn. KIO 77/14, Legalis nr 804165; 9 lipca 2009 r., sygn. KIO/UZP 797/09, Lexis.pl nr 2235297; 22 marca 2007 r., sygn. UZP/ZO/0-308/07, Lexis.pl nr 1805583.

Jak wskazano powyżej, uzupełnienie Formularza cenowego wymagało wprowadzenia do jego treści wyłącznie „końcowych” cen jednostkowych wskazanych pozycji kosztowych, oraz wykonania „na nich” określonych działań matematycznych (pomnożenie z liczbą jednostek oraz zsumowanie wyników). Wypełniony zgodnie z SIWZ dokument nie mógł zawierać żadnych dodatkowych informacji. Wniosek ten siłą rzeczy dotyczy Formularza cenowego załączonego do swojej oferty przez wykonawcę TPF.

W związku z powyższym uznać należy, że Formularz cenowy przedstawiony przez TPF (tak jak i innych wykonawców) zawiera wyłącznie „informacje o cenie”, w rozumieniu art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Dokument nie wykracza poza wskazanie cen jednostkowych. Wykonanie prostych, z góry nakreślonych przez Zamawiającego obliczeń matematycznych nie można poczytywać za osobną, samodzielnie informację.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca TPF nie mógł zastrzec przedmiotowego dokumentu jako tajemnicę przedsiębiorstwa, z tego względu, iż w całości obejmuje on „informacje o cenie”.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ZNKU.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że informacje które wykonawca TPF mógł ująć w Formularzu cenowym (przy założeniu, że TPF uzupełnił go zgodnie z wymogami SIWZ) nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ZNKU. Zgodnie z tym przepisem 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 pierwszej kolejności wskazano, iż formularz cenowy nie zawiera żadnych informacji, które uznać można za informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacji posiadających wartość gospodarczą. Ujęte w Formularzu ceny jednostkowe pozwalają bowiem jedynie na ogólne ustalenie szacowanych przez wykonawcę kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego. W treści Formularza cenowego wykonawcy nie powinni ujawniać elementów składowych cen jednostkowych oraz ich sposobu kalkulacji. W konsekwencji treść niniejszego dokumentu w żaden sposób nie może posłużyć np. do odkrycia przez konkurentów metody zminimalizowania ceny. Uznaniu danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa sprzeciwia się już samo umiejscowienie jej w Formularzu cenowym. Stanowisko to znalazło potwierdzenie także w orzeczeniach: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2011 r., sygn. KIO 2793/10; wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 30 października 2013 r., sygn. KIO 2398/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2011 r., sygn. KIO 2793/10, Lexis.pl nr 2461620.

Na uwadze należy mieć okoliczność, że Formularz cenowy stanowić będzie integralną część umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp umowa będzie jawna i podlegać będzie udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Zasada ta obejmuje również załączniki do kontraktu. Informacja nie może być zarówno publiczna, jak i stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Podleganie informacji domenie publicznej wyklucza możliwość zastrzeżenia jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ubocznie można też wskazać, że przedmiotowe postępowanie nie jest jedynym postępowaniem organizowanym przez GDDKIA, w którym TPF złożył ofertę. Stosowane stawki jednostkowe są już więc (albo wkrótce będą) stanowić część domeny publicznej - wraz ze zdobyciem pierwszego zamówienia publicznego przez TPF. Rozwiązania związane z kształtem formularza cenowego stosowanego przez GDDKIA są bowiem w różnych postępowaniach na nadzór tożsame. Jakkolwiek Odwołujący zdaje sobie sprawę, że w różnych postępowaniach TPF może stosować różne stawki jednostkowe, to jednak powyższa argumentacja wskazuje jasno na niezasadność zastrzeżenia formularza cenowego jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Reasumując, z uwagi na ogólny charakter informacji ujętych w Formularzu cenowym, jak też ich przyszłą jawność, nie mogą być one uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy TPF.

Odwołujący wskazał jednocześnie, iż jest świadomy orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzającej, że: sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe jej strategii (KIO 2835/12), rozwiązania organizacyjne grupy przedsiębiorców realizujących określoną politykę kosztową, mającą na celu optymalizację kosztów (KIO 848/13), kalkulacja składników ceny oferty oraz szczegółowy opis w tym zakresie, a ponadto opis czynników wpływających na cenę oferty w zakresie metody wykonania zamówienia, warunków wykonania zamówienia (KIO 293/13) może być, pod pewnymi warunkami uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie jednak Odwołujący podkreśla, iż tezy tych i zbliżonych orzeczeń KIO nie znajdują jednak zastosowania do analizowanego stanu faktycznego, co najmniej z następujących względów:

1. W/w wyroki dotyczyły oceny zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie zaś informacji ujętych w formularzach cenowych. Różnica ta ma istotną doniosłość prawną (wyjaśnienia rażącej ceny to nie „informacja o cenie” ujęta w samej ofercie);

2. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone w powyższych sprawach dotyczyły elementów kształtowania ceny z bardzo szczegółowym rozbiciem poszczególnych składników ceny, z istotnym omówieniem obiektywnych czynników wpływających na organizację pracy oraz w znacznej mierze przedstawiały kontakty i oferty handlowe wykonawców. W niniejszej sprawie mamy do czynienia natomiast ze wskazaniem jedynie „końcowych” cen jednostkowych dla odgórnie wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztowych.

Chociażby z powyższych względów wskazane orzeczenia nie mogą zmienić konkluzji o naruszeniu przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ZNKU.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 i 86 ust. 1 i 4 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z pozostałymi artykułami powołanymi w zarzucie, formularz cenowy TPF powinien zostać ujawniony Odwołującemu.

Bezpodstawna odmowa ujawnienia części oferty jednego z wykonawców biorących udział w postępowaniu niewątpliwie narusza zasadę przeprowadzania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Uniemożliwia bowiem kontrolę poprawności oferty jednego z wykonawców.

Zgodnie z jednolitą wykładnią art. 8 ust.1 i 3 ustawy Pzp następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. A contrario Zamawiający nie może odmówić ujawnienia przedmiotowych informacji. Tym samym uznać należy, iż żądanie odwołania (nakazanie Zamawiającemu ujawnienia zastrzeżonej przez wykonawcę TPF jako tajemnicy przedsiębiorstwa oferty w zakresie uzupełnionego załącznika nr 2.1 do SIWZ - „Formularza cenowego) z uwagi na wykazaną powyżej bezskuteczność zastrzeżenia, jest w pełni zasadne.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę. W tym zakresie Izba nie przychyliła się do wniosku Zamawiającego, który wskazywał, iż Odwołujący w dniu 25 sierpnia 2014 roku powziął informacje o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania. Zważyć należy, iż Odwołujący w dniu 21 sierpnia 2014 roku złożył do Zamawiającego wniosek o udostępnienie części jawnej ofert. Wykonawca stworzył w tym celu specjalny serwer ftp, gdzie Zamawiający miał przesłać materiały. W dniu 25 sierpnia 2014 roku Zamawiający w piśmie przewodnim do Odwołującego stwierdził, że przekazuje wnioskowane dokumenty – scan ofert nieodrzuconych (z wyłączeniem dokumentów zastrzeżonych) w formie elektronicznej. Wykonawca, w dniu 28 września 2014 roku ponownie wnioskował i ujawnienie formularzy cenowych 2.1. z oferty. Następnie, dopiero w dniu 2 września 2014 roku, w wyniku ponownego wniosku o przekazanie jawnej części złożonych ofert, Zamawiający wyjaśnił wykonawcy, iż w wyniku badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie TPF dane zastrzeżenie zamierza honorować. Zatem, to w dniu 2 września 2014 roku Odwołujący dowiedział się skutecznie, iż po pierwsze Zamawiający przeprowadził i zakończył proces badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy w ofertach, po drugie zaś, że w przypadku oferty wykonawcy TPF Zamawiający uważa, że zastrzeżenie jest prawidłowe. Od tego momentu należy wobec powyższego liczyć termin na wniesienie odwołania od czynności i zaniechań Zamawiającego, który na wcześniejszym etapie postępowania w żaden inny sposób nie artykułował swoich ustaleń i nie przekazywał swojej ostatecznej decyzji wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie odtajnienia części ofert i potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp oznaczać może dla Odwołującego utratę weryfikacji prawidłowości ofert złożonych w postępowaniu, co doprowadzić może do utraty możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 17 września do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia **Multiconsult**

Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Konsorcjum wносиło o uwzględnienie odwołania w całości.

Przystąpienie uznano za spóźnione, ponieważ z informacji przekazanych przez Zamawiającego i wynikających z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że pozostałym wykonawcom informacja o wniesieniu odwołania przekazana została w dniu 12 września 2014 roku. Ostatnim zatem dniem na zgłoszenie przystąpienia był 15 września 2014 roku.

W zakresie uwag natury ogólnej, zauważyć należy, iż definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym 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.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Oдноśnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Oдноśnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Oдноśnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego w toku postępowania przepisu przepisów wskazanych w petitum odwołania Izba uznała za zasadne.

Istotą sporu było, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa walor ten istotnie posiadają.

Jak już podkreślono 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, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu Zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że 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 one być

udostępniane. Wykonawca nie może przy tym zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) i adresu wykonawcy, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie (art. 86 ust. 4 ustawy Pzp).

Realizacja wyjątków od zasady jawności uregulowanej w ustawie Pzp jest oparta na przepisach szczególnych, w tym przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami Wykonawcy, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym.

Powyższy przepis przyznaje wykonawcom prawo do ochrony informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym mogą oni zgodnie z uregulowaniami art. 8 ust. 4 ustawy Pzp zastrzec tego rodzaju informacje, co jednak nie pozbawia tej czynności jakiegokolwiek kontroli. Podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie jest jej charakter oraz przedsiębrane przez wykonawcę czynności zmierzające do jej ochrony i zachowania jej poufnego charakteru.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa, w celu zachowania zasady jawności w prowadzonym postępowaniu zamawiający ma obowiązek weryfikacji dokonanej przez wykonawców zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pod kątem jego zasadności. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, sygn. akt III CZP 74/05. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzonego odpowiedniego badania przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Badanie to powinno polegać na wszechstronnej analizie zarówno treści zawartych w zastrzeżonych dokumentach, jak i okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może natomiast w sposób bezkrytyczny opierać się jedynie na zastrzeżeniu, lecz winien oczekiwać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.

Podkreślić należy, iż przyczyny wyłączenia jawności winny mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja zarówno przez Zamawiającego, jak i w postępowaniu odwoławczym. Ponadto Zamawiający nie może zastrzeżonych informacji traktować całościowo, ale musi do każdej informacji podchodzić indywidualnie i w efekcie tych działań może w stosunku do niektórych informacji uznać, że można je ujawnić mimo formalnie poprawnego zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę.

Wykonawca TPF na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia dotyczące zastrzeżonych w ofercie informacji, w tym odnośnie zastrzeżenia treści Formularza cenowego. Wyjaśnienia te w części dotyczącej Formularza cenowego były stosunkowo ogólne, bez jakichkolwiek szczegółów wskazywały na charakter zastrzeżonych informacji oraz podjęte przez wykonawców środki, aby dana informacja nie była znana ogółowi uczestników postępowania. Odniesiono się także bardzo szczątkowo do faktu jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje dla wykonawcy.

Uznać należy, że materia objęta tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy TPF odnośnie formularza cenowego łatwa jest do ustalenia przez co najmniej podmioty zawodowo zajmujące się branżą budowlaną. Samo przewidywane miesięczne wynagrodzenie poszczególnych inspektorów czy innych kosztów również jest bardzo ogólne, nie zawiera żadnych szczegółowych kalkulacji mogących wskazywać na właściwy tylko dla wykonawcy system ich obliczania. Poza tym informacja taka nie wykracza poza często standardowo wymaganą przez zamawiających w formularzach cenowych przygotowywanych w tego typu postępowaniach stawkę dziennego lub miesięcznego wynagrodzenia inspektorów czy prowadzenia biura itp. wydatków. Jak w każdej branży, założyć należy, że obowiązywać mogą pewne granice minimalnego i maksymalnego wynagrodzenia, czy też stawek, w ramach których poruszać mogą się poszczególni wykonawcy. Nie są to na tyle „wrażliwe” informacje, aby stanowić miały o dalszym bycie, czy też przewadze konkurencyjnej wykonawcy w branży, w której ubiega się on o publiczne kontrakty. Jednocześnie zaś, możliwość zapoznania się z formularzami cenowymi w poszczególnych ofertach umożliwi weryfikację przyjętych przez danego wykonawcę założeń kalkulacyjnych, co pozwoli ocenić konkurentom w postępowaniu choćby, czy można mówić o ofercie z rażąco niską ceną.

Ponadto, treść załącznika, co do którego Izba zdecydowała o ujawnieniu jego treści, przygotowana została przez Zamawiającego jako załącznik do SIWZ, gdzie wykonawcy nie byli zobowiązani do wypełniania go jakąkolwiek treścią, a jedynie konieczne było podpisanie stosownego oświadczenia oraz wypełnienie poszczególnych kolumn cenami jednostkowymi za z góry określoną ilość jednostek, co w całości przekładało się na cenę brutto oferty. Z pewnością stwierdzić należy, iż nie są to informacje dostępne tylko dla wybranych wykonawców.

W ocenie składu orzekającego Izby informacje te nie stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacji posiadających dla danego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje dotyczące sposobu ogólnej kalkulacji ceny dla danego Zamawiającego na szczegółowo opracowanym przez tego ostatniego formularzu.

Izba stwierdza, iż na podstawie otrzymanych wyjaśnień Zamawiający niezasadnie doszedł do wniosku o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec formularza cenowego. Dostrzeżenia wymaga, iż oczywistym jest, że każda oferta składana na potrzeby danego postępowania uwzględnia jego specyfikę i wymagania. Nie oznacza to jednak, iż poufny charakter uczestnictwa w przetargu jest tożsamy z przyjęciem, iż zawsze i z tej tylko przyczyny wyjaśnienia zawierają elementy tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, iż zastrzeżona część oferty dotyczy informacji cenowych, które miały być w ramach ustalonego w postępowaniu kryterium oceniane. Wykonawca TPF nie przedstawił merytorycznej i obiektywnej argumentacji przemawiającej za tym, aby przychylić się do utrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przypadku formularza cenowego.

Biorąc pod uwagę powyższe doszło również do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż ze względu na bezpodstawne nieposzanowanie przez Zamawiającego zastrzeżenia informacji, co do których potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 8 ustawy Pzp, doszło do zróżnicowania sytuacji prawnej wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji faktycznej. Odmowa dostępu do pewnych informacji zawartych w ofercie, w przypadku braku podstaw do uznania zawartych tam informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, różnicuje w sposób nieuprawniony ich sytuację prawną i faktyczną w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust. 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Odwołującej.

Przewodniczący: