

WYROK

z dnia 19 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **E. & Z.F.D.G., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **V. Spółka Akcyjna, (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonane ponownego badania i oceny ofert i odtajnienie wyjaśnień złożonych w dniu 31 maja 2017r. przez V. S.A w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, za wyjątkiem załącznika nr 1 „Szczegółowa kalkulacja ceny”.
2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **E. & Z.F.D.G., (...)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa** na rzecz wykonawcy **E. & Z.F.D.G., N. - A. - O. - (...)** 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 2015 r., poz. 2164 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

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę FDG oraz generatora Ge/Ga wraz z eluentem do Generatora Ge/Ga – 2 pakiety. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 122097-2017 PL.

W dniu 30 czerwca 2017r. Odwołujący – E.&Z.F.D.G. – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w zakresie pakietu nr 1 polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez V.,
- zaniechaniu ujawnienia wyjaśnień V. złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,
- zaniechaniu ujawnienia uzasadnienia zastrzeżenia powyższych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
- zaniechaniu odrzucenia oferty V., mimo że zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego odmowę ujawnienia informacji, które V. zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy ustawy Pzp środków ochrony prawnej,

oraz, jako zarzut ewentualny wskazał na naruszenie:

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez V. w sytuacji, gdy wykonawca złożył ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty V. mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, w tym nie obejmuje wszystkich kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, co jednocześnie stanowi o niezgodności treści oferty V. z treścią SIWZ, tj. z zapisem cz. IV ppkt 5.3. SIWZ, zgodnie z którym cena powinna uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, co z kolei winno skutkować odrzuceniem oferty V. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,

3. art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty V. mimo faktu, że Wykonawca jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, a Zamawiający nie przeprowadził pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę,
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W oparciu o wskazane wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o:

- nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez V.,
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Wykonawcy V. w zakresie Pakietu 1 oraz, w konsekwencji, wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,
- odtajnienie informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę V. jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp oraz pisemnego uzasadnienia w zakresie podstaw do zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- ewentualnie, o nakazanie Zamawiającemu ponowne wezwanie Wykonawcy V. do złożenia rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów wykonawca V. wskazał, że jak wynika z informacji e-mail przesłanej Odwołującemu przez Zamawiającego w dniu 27 czerwca 2017 zastrzegł on złożone przez siebie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a zastrzeżenie to zostało uznane przez Zamawiającego jako zasadne. Odwołujący nie otrzymał wglądu ani do złożonych przez V. wyjaśnień ceny ani do uzasadnienia przedstawionego przez V. celem wykazania, że wyjaśnienia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (o ile uzasadnienie zostało przez V. w ogóle przedstawione Zamawiającemu).

Zamawiający pozbawił Odwołującego nie tylko możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami złożonymi przez V. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, ale także z uzasadnieniem, jakie V. przedstawił Zamawiającemu celem wykazania - stosownie do wymogu art. 8 ust. 3 Pzp - że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący zakłada, że uzasadnienie takie musiało zostać przez V. przedstawione, bowiem w przeciwnym razie, zastrzeżenie dokonane przez V. w ogóle nie mogłoby zostać uznane za zasadne - wykazanie, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy musi nastąpić najpóźniej w dacie przedstawienia Zamawiającemu tej informacji. Zamawiający, odmawiając Odwołującemu wglądu w uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa V., praktycznie uniemożliwia Odwołującemu realizację jego uprawnień ochronnych. Jak bowiem można zweryfikować kwestię ujęcia określonych informacji jako zastrzeżonych, kiedy samo uzasadnienie, które powinno wykazać prawidłowość tej

czynności, jest również zastrzeżone? W ślad za tym Odwołujący wskazał, że może jedynie domyślać się - w oparciu o informacje uzyskane w związku z ubieganiem się wykonawcy Odwołującego i V. o inne podobne zamówienia - jakie informacje były przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy i z jakich względów owe zastrzeżenie jest nieskuteczne. Zdaniem Odwołującego, informacje zawarte w ofercie V. nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem nie podlegają skutecznemu zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący przypomniał, że co do zasady postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a wszelkie wyjątki od tej reguły wymagają szczegółowej analizy dowodów przedstawionych przez wykonawcę odnośnie każdej zastrzeganej informacji.

Izba wielokrotnie wyrażała swoją dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania przez zamawiających zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nawet wtedy, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co ewidentnie służyć ma wyłącznie utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji jego oferty (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2012 r., KIO 2710/12). Określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: a. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, b. nie została ujawniona do wiadomości publicznej, c. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Jak Odwołujący zakłada, wykonawca V. prawo do zastrzeżenia informacji złożonych Zamawiającemu wywodzi z faktu, że zastrzegane informacje mają dla wykonawcy wartość gospodarczą. W przekonaniu Izby, doniosłym jest, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (zob. wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r., KIO 2784/14). O tym, czy dane informacje mają dla wykonawcy V. wartość gospodarczą świadczy także stopień szczegółowości danych przedstawionych w wyjaśnieniach ceny. Jeśli informacje przedstawione przez V. charakteryzują się dużym stopniem ogólności, to ich ujawnienie konkurentom nie wpływa i wpłynąć nie może na sytuację rynkową wykonawcy. W ocenie Odwołującego, to właśnie ten element w pierwszej kolejności różnicuje wyjaśnienia ceny złożone przez V. i Odwołującego (a w ślad za tym decyduje o skuteczności samego zastrzeżenia tajemnicy).

Odwołujący, składając wyjaśnienia w trybie art. 90 ust 1 Pzp, przedstawił Zamawiającemu szczegółową kalkulację kosztów wykonania zamówienia, popierając tą kalkulację szeregiem

dowodów - m. in. faktury, oferty (których poufność została zastrzeżona także przez podmioty je składające). Jeśli V. poprzestał, tak, jak w innych postępowaniach, na przedstawieniu Zamawiającemu informacji o kosztach produkcji 1 dawki FDG, kosztach jej transportu do Zamawiającego, udziale kosztów stałych CPR i ogólnych kosztów spółki w produkcji FDG na cele komercyjne, to dane te są tak ogólne, że nie mają dla konkurencyjnych wykonawców żadnej wartości handlowej, a nadto są znane Odwołującemu, bowiem koszty te zostały przez V. podane i opisane w sprawie o sygn. akt KIO 156/17. Nawet więc jeśli informacja o koszcie produkcji przez V. 1 dawki FDG miałyby wartość gospodarczą, to informacja ta i tak nie jest już poufna (przy czym decyzja o ujawnieniu tych informacji została podjęta przez samego wykonawcę V., który przekazał je Odwołującemu wraz ze złożonym we wskazanej sprawie pismem procesowym). Odwołujący wyjaśnił, że nie zakłada, by koszty V. w sposób istotny zmieniły się między datą złożenia ofert w tym postępowaniu (maj 2017r.) a datą złożenia przez V. wyjaśnień dla potrzeb sprawy o sygn. Akt KIO 156/17 (luty 2017). Odwołujący nie znajduje także uzasadnienia dlaczego informacje te miałyby być chronione obecnie, jeśli w sprawie o sygn akt KIO 156/17 V. takie sam rodzaj informacji (a zapewne dokładnie te same informacje) uznał za niewymagające ochrony. Wobec powyższych wniosków, z całą pewnością niezgodne z prawem było nieujawnienie przez Zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia informacji, jak i samych wyjaśnień ceny. W ocenie Odwołującego, odmiennie niż Odwołujący, V. nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje nie są ujawnione do publicznej wiadomości i że podjął odpowiednie kroki do zachowania ich poufności. V., jak wynika z innych postępowań, zazwyczaj wskazuje w „uzasadnieniu” zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że sposób kalkulacji kosztów produktu jest znany bardzo ograniczonej grupie osób (zarządowi spółki i kluczowym menadżerom), które są zobowiązane do zachowania poufności (czy to na podstawie przepisów kodeksu spółek handlowych, czy art. 100 Kodeksu pracy). V. powołuje się też zazwyczaj na odpowiednie postanowienia umów zawartych z takimi osobami (choć umów samych nie przedstawia) i fakt stosowania odpowiednich zabezpieczeń miejsc przechowywania danych. Trudno przyjąć, by tego typu uzasadnienie - po pierwsze zasługiwało na miano tajemnicy przedsiębiorstwa, po drugie by wykazywało, że wykonawca podejmuje odpowiednie środki do zachowania informacji w poufności. W wyroku z dnia 17 czerwca 2015r., sygn. akt KIO 1161/15, Izba przypomina także, że „sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania", oznacza więcej niż wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.”

Odnośnie - pdniesionego jedynie z ostrożności procesowej - zarzutu rażąco niskiej ceny,

Odwołujący wskazał, że zarzut ten jest przedwczesny, jak słusznie zauważyła Izba w wyroku z dnia 24 lutego 2017r. Sygn. akt KIO 242/17, KIO 258/17. Trudno go bowiem poddać ocenie, skoro Odwołujący, w ogóle nie miał dostępu do wyjaśnień ceny V., co nastąpiło z powodu ich nieuprawnionego nieujawnienia przez Zamawiającego. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp czy art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp bierze w istocie swój początek w wyjaśnieniach z art. 90 ust. 1 Pzp. Trudno zatem formułować zarzuty bez odniesienia się do realnej, a jedynie „podejrzewanej” przez Odwołującego treści wyjaśnień. Stawiając ten zarzut, z ostrożności procesowej, Odwołujący zwrócił uwagę, na fakt, że wszyscy wykonawcy składający oferty w Pakiecie 1 to duże, profesjonalne przedsiębiorstwa, posiadające wieloletnie doświadczenie w branży, przy czym dodać należy, że FDG na rynku polskim jako pierwszy oferował Odwołujący i Iason Sp. z o.o., opierając się na wiedzy i doświadczeniu zdobytym na rynkach Europy Zachodniej (obaj wskazani wykonawcy należą do dużych grup kapitałowych o zasięgu międzynarodowym). Warto także zauważyć, że każdy z wykonawców, którzy złożyli oferty dla Pakietu 1 dysponuje własnym cyklotronem do produkcji FDG, zlokalizowanym w Polsce, przy czym to cyklotron wykonawcy V. jest zlokalizowany najdalej względem Zamawiającego (produkcja FDG przez V. ma miejsce, co wynika z przedłożonych Zamawiającemu zezwoleń, w Krakowie przy ul. Wrocławskiej 1-3), co prowadzi do wyższych kosztów transportu i produkcji (V. ze względu na rozpad radioaktywnego FDG musi produkować radiofarmaceutyk o wyższej aktywności początkowej). Te okoliczności winny wzbudzić wątpliwości co do realności ceny, co powinno mieć również przełożenie na szczególnie pogłębioną analizę dostarczonych wyjaśnień ceny, w szczególności w zakresie dowodów na specyficzne oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla V.. W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia V. nie zawierają żadnych emementów, w tym w szczególności dowodów, które pozwoliłyby przyjąć, że wykonawca ten rzeczywiście ze zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia bez strat po swojej stronie, że ta cena jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, jego wartości, wyznaczonej zakresem, rozmiarami, koniecznymi do jego wykonania nakładem pracu i materiałów.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uznanie.

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, określonych w art. 189 ust. 2 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby wypełnione zostały także przesłanki do wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danej części zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym 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. Zwrócić należy uwagę, że przed nowelizacją z dnia 29 sierpnia 2014 r. Dz.U. 2014 poz.232 ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in., że: „słuszny w swym założeniu przepis (*przyp. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp*) jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla

tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”

Aktualnie na wykonawcę nałożono obowiązek „wykazania” zamawiającemu istnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Oznacza to, iż aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. wykazać, iż:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnosząc powyższe rozważania do analizowanego stanu faktycznego, Izba uznała, że co do zasady samo uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych informacji ma charakter jawny. Uzasadnienie z istoty swej zawiera jedynie informacje o powodach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i podlega ono, jak każdy dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, ocenie z punktu widzenia wykazania przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Do dokonania oceny skuteczności poczynionego zastrzeżenia zobligowany jest sam Zamawiający, co zostało potwierdzone wprost w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), w której wyrażono pogląd, że „skuteczność dokonanego przez oferenta (...) zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.” Zatem to obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ocena działań i zaniechań zamawiającego w tym zakresie podlega weryfikacji innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

W ocenie Izby nie można uznać, że samo uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych informacji dotyczących wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, zawarte w piśmie z dnia 31.05.2017r. złożonym przez V. S.A. ma charakter niejawny. Uzasadnienie to nie zawiera żadnych elementów, które podlegałyby ochronie, stanowi ono jedynie podanie w sposób ogólny powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa udzielonych wyjaśnień (pkt I i II pisma z dnia 31.05.2017).

W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego oraz oceniając złożone przez wykonawcę V. S.A. wyjaśnienia dotyczące elementów, mających wpływ na wysokość ceny, Izba doszła także do przekonania, że udzielone przez V. S.A. wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny produktu oferowanego w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w konsekwencji zostały zastrzeżone w sposób nieuzasadniony. Przede wszystkim, wskazać należy, że nie została spełniona przesłanka dotycząca braku uprzedniego nieujawnienia zastrzeżonych przez wykonawcę informacji do wiadomości publicznej. Odwołujący w toku rozprawy wykazał, że informacje aktualnie objęte przez V. S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały przez tego wykonawcę podane do publicznej wiadomości w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na dowód Odwołujący złożył pismo z dnia 6 lutego 2017r., w którym V. S.A jako uczestnik postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 156/17, przystępując po stronie zamawiającego, podał te same a w niektórych przypadkach nawet identyczne informacje, które w analizowanym postępowaniu o zamówienie publiczne objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Fakt ujawnienia tych informacji w innym postępowaniu odwoławczym świadczy dobitnie o tym, że informacje te utraciły walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Ich zastrzeżenie w aktualnym postępowaniu o zamówienie publiczne należy ocenić jedynie jako element niedozwolonej gry konkurencyjnej. Stwierdzenie braku istnienia choćby jednej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust.4 ustawy Pzp powoduje, że zastrzeżenie poczynione przez V. S.A. nie jest skuteczne i z tych względów dokument z dnia 31.05.2017r, złożony w wyniku wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny, należy odtajnić w całości, za wyjątkiem załącznika nr 1 do tego dokumentu „Szczegółowa kalkulacja ceny”. Nadmienić należy, iż szczegółowe wyliczenia i kalkulacje zostały także objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w postępowaniu odwoławczym sygn. akt 156/17 a zastrzeżenie to nie zostało uchylone. Pozostałe dwa załączniki do pisma V. S.A. z dnia 31.05.2017r. tj. wydruk ze strony internetowej V..pl oraz wyrok KIO z dnia 8 lutego 2017r. Sygn. akt KIO 156/17 są dokumentami jawnymi, publicznie dostępnymi, co powoduje, że ich zastrzeżenie jest z oczywistych względów prawnie niemożliwe.

Z uwagi na to, że jak wskazał Odwołujący - zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp został podniesiony jedynie jako zarzut ewentualny z tzw. „ostrożności procesowej” na wypadek nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp, Izba pozostawiła do bez rozpoznania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: