

WYROK
z dnia 26 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2018 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Spółdzielcze BUDOPROJEKT z siedzibą w Katowicach**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Katowice**,

przy udziale wykonawcy **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 1 i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ujawnienie wyjaśnień dotyczących ceny, złożonych przez TPF Sp. z o.o. w piśmie z 21 sierpnia 2018 r.;
2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 3 i 4;
3. Kosztami postępowania obciąża TPF Sp. z o.o. i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 18 750 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:.....
Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Katowice – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie usług projektowych wraz z nadzorem autorskim pn. Przebudowa budynku siedziby „Katowice Miasto Ogródów – Instytucja Kultury im. Krystyny Bochenek”*.

W dniu 15 października 2018 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Spółdzielcze BUDOPROJEKT wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, a z ostrożności procesowej – wobec zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także wobec zaniechania udostępnienia Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w ofercie wykonawcy TPF, a z ostrożności procesowej – wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy TPF z uwagi na rażąco niską cenę. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ewentualnie, z ostrożności procesowej, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

1) Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone musi być w oparciu o wskazane w ustawie zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Mając na uwadze powyższe oraz celem wymuszenia na zamawiających stosowania powyższych zasad ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie do ustawy Pzp zasady jawności, której implikacją jest nakaz ujawniania protokołu postępowania wraz z załącznikami, tj. ofertami oraz dokumentami i oświadczeniami składanymi przez wykonawców w postępowaniu. Tylko dzięki powyższemu dostępowi wykonawcy mogą kontrolować poprawność prowadzenia procedury oraz działań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący stwierdził, że został pozbawiony tej możliwości ze względu na fakt, że Zamawiający nie udostępnił mu wglądu do wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej przez TPF, złożonych w odpowiedzi na uzupełniające wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że uprzednie wyjaśnienia wykonawcy TPF złożone 4 czerwca 2018 r. zostały w całości przez Zamawiającego odtajnione, przez co wykonawcy mieli możliwość zapoznania się zarówno ze sposobem obliczenia ceny, jej rozbiciem na pomniejsze pozycje oraz kalkulacją wykonania poszczególnych etapów i elementów zamówienia, jak również z ofertami podwykonawców. Powtórne wezwanie i wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na to

wzewzwanie miały jedynie uszczegółowić przekazane uprzednio informacje, w związku z czym – zdaniem Odwołującego – nie mogą one zawierać nowych, nieujawnionych uprzednio informacji, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienia ww. dokumentów pismem z 10 października 2018 r., w odpowiedzi na które Zamawiający przekazał mu pismo z zasłoniętymi fragmentami tekstu wyjaśnień. Jedyne fragmenty, z którymi mógł zapoznać się Odwołujący odnoszą się do samego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz mogą wskazywać na fakt, że w treści wyjaśnień wykonawca TPF informuje Zamawiającego o wynagrodzeniu projektantów skierowanych do realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że taki sposób działania Zamawiającego nie znajduje odzwierciedlenia w ustalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazał, że na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zastrzec można wyłącznie informacje, a nie całe dokumenty. Nie ulega bowiem wątpliwości, że pewne dane podane w dokumencie nie zawierają żadnych cech tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś rolą Zamawiającego jest weryfikacja dokonanego zastrzeżenia. W przypadku uznania, że wykonawca zastrzegł cały dokument, rolą Zamawiającego jest ocena czy wszystkie informacje znajdujące się w danym dokumencie mogą zostać uznane (na podstawie wyjaśnień wykonawcy) za tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku odpowiedzi negatywnej Zamawiający obowiązany jest taki dokument odtajnić. Odwołujący podkreślił, że nie jest rolą Zamawiającego odnajdywanie w treści dokumentu informacji, które mogłyby korzystać z przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa, odtajnić należy cały dokument, a nie wybrane na podstawie niejasnych kryteriów samodzielnej oceny Zamawiającego fragmenty. Jeśli w treści dokumentu znajdują się odniesienia do jawnego wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, to ich imiona i nazwiska, jak również wykonywane przez nich funkcje nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ są powszechnie znane (w tym zakresie oferta jest jawna).

Odwołujący podniósł, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może mieć charakteru blankietowego i polegać na samym zacytowaniu treści przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie może być również gołosłownym uzasadnieniem powtarzanym w każdym postępowaniu. Zdaniem Odwołującego wykonawca TPF za pomocą gołosłownych twierdzeń podjął próbę wyjaśnienia, że jakiegokolwiek informacje na temat gospodarowania majątkiem przez wykonawcę oraz na tematy personalne (kadrowe) korzystają z przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa. W żaden sposób wykonawca ten nie wykazał ani wartości gospodarczej tych informacji, ani ewentualnej szkody, którą może spowodować ich odtajnienie. Twierdzenia o „podkupywaniu” personelu wykonawcy przez konkurencję nie mogą odnieść skutku choćby ze względu na fakt, że personel ten jest już znany (z tabeli Wykaz osób skierowanych do realizacji Zamówienia). Z kolei informacje na temat polityki cenowej wykonawcy są już znane z uprzednio prezentowanych wyjaśnień, które zostały przez Zamawiającego ujawnione. Wyjaśnienia dodatkowe jedynie uszczegóławiają wyjaśnienia złożone pierwotnie, nie pojawiają się w nich więc informacje stanowiące swoistą nowość, które nie byłyby zawarte w poprzednio złożonych wyjaśnieniach. Skoro każdy może zapoznać się ze złożonymi uprzednio wyjaśnieniami, nie zachowano poufnego charakteru tych informacji, zatem nowo złożone wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za skutecznie zastrzeżone.

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z linią orzecniczą KIO tajemnica przedsiębiorstwa nie jest tworzona na potrzeby konkretnego postępowania i nie może przestać posiadać wartości gospodarczej czy jakiegokolwiek wartości dla wykonawcy po zakończeniu procedury w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Mając na uwadze powyższe, rozbieżność ceny na poszczególne pozycje kosztorysowe nie może stanowić o wartości takiej informacji w kontekście długofalowego działania wykonawcy, ponieważ ma ono wartość wyłącznie w niniejszym postępowaniu, a przez to nie może stanowić chronionej prawnie tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, nieudostępnienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę TPF stanowi naruszenie zasady jawności postępowania oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż zastrzeżenie tajemnicy zmierza jedynie do nieuzasadnionego zróżnicowania sytuacji wykonawców.

2) Zarzut ewentualny naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1)

Odwołujący wskazał, że w związku z utajnieniem znacznej części wyjaśnień złożonych przez TPF został pozbawiony możliwości weryfikacji ich prawidłowości. Niemniej jednak, w związku z niejednorodną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie terminów na wniesienie odwołania w przypadku uzyskania nowych informacji w postępowaniu (w wyniku odtajnienia dokumentu), Odwołujący poinformował, że formułuje niniejszy zarzut ewentualny i wnosi o jego rozpatrzenie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu 1 i w efekcie nieodtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę TPF.

Odwołujący podniósł, że na podstawie kilku odtajnionych przez Zamawiającego informacji doszedł do wniosku, że wykonawca TPF nie sprostął obowiązkom wszechstronnych wyjaśnień sporządzenia Studium Wykonawalności oszacowanej w ofercie. Odwołujący zakwestionował argumentację TPF, że wynagrodzenie wypłacane projektantom z tytułu wykonania projektów będzie obejmowało również wykonanie studium wykonawalności, ponieważ są to dokumenty, których wykonywanie w tym samym czasie nie jest możliwe, a konieczna jest ich stopniowa (chronologiczna) realizacja, ponieważ wykonanie drugiego z dokumentów możliwe jest dopiero po wykonaniu pierwszego z nich. Dodatkowo treść wyjaśnień powinna być skorelowana ze Środowiskowymi Zasadami Wyceny Prac Projektowych, przez co przedstawienie cen oderwanych od rzeczywistości i realiów wykonywania danych prac nie może zostać uznane za skuteczne złożenie wyjaśnień w zakresie ceny.

Odwołujący stwierdził, że złożenie wyjaśnień nazbyt ogólnych, nieprecyzyjnych, takich, które nie pozwalają zamawiającemu na faktyczną ocenę rzetelności kalkulacji ceny wykonawcy, nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że przedmiotowy zarzut nie może zostać sformułowany w sposób pełny, ze względu na brak dostępu Odwołującego do całej treści wyjaśnień wykonawcy TPF. W związku z powyższym formułowany jest on jako zarzut ewentualny z daleko idącej ostrożności procesowej i wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu opisanego pod nr 1.

3) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów oraz zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że w przypadku warunku udziału opisanego w przepisach art. 22d ustawy Pzp (zdolność

technicznej lub zawodowej), w odniesieniu do wymogu zrealizowania określonych usług (w związku z koniecznością posiadania przez wykonawcę odpowiedniego doświadczenia oraz konkretnej wiedzy), dokumentami przy pomocy których następuje wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest wykaz usług oraz dowody określające czy usługi te zostały wykonane należycie. Nie jest wystarczającym wykazanie, że usługi te zostały wykonane i ukończone, ale konieczne jest wykazanie, że usługi te zostały wykonane w określony sposób – należycie.

Odwolujący wskazał, że wykonawca TPF przedstawił Zamawiającemu w odniesieniu do warunku zrealizowania audytu energetycznego Protokół Przekazania, w którym nieskonkretyzowana osoba podpisana po stronie Zamawiającego (nie należąca do osób uprawnionych do reprezentacji spółki Project Energy Sp. z o.o.) podpisała się pod dokumentem wskazującym na fakt, że została jej przekazana dokumentacja (audyt energetyczny). Zdaniem Odwołującego z dokumentu tego nie sposób wywnioskować czy audyt energetyczny został wykonany w sposób prawidłowy (należycie), czy też nie. W związku z powyższym wykonawca TPF nie sprostął obowiązkowi wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. że należycie wykonał poprzednią usługę opracowania audytu energetycznego. Powyższe powoduje, że wykonawca TPF winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, ewentualnie, że Zamawiający winien wezwać go do uzupełnienia dokumentu w tym zakresie na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

4) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp

Odwolujący wskazał, że w wyniku zmiany SIWZ wprowadzonej z 13 kwietnia 2018 r. Zamawiający jako jeden z warunków udziału w postępowaniu sformułował wymóg wykonania przynajmniej jednej usługi w zakresie opracowania studium wykonalności dla obiektu budowlanego. Wykonawca TPF dla wykazania spełnienia tego warunku przedstawił zrealizowanie usługi pn. *Opracowanie studium wykonalności dla projektu pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 108 na odcinku Jasło – Nowy Zagórz”*. Tymczasem zgodnie z załączonym Protokołem odbioru końcowego nr 1/2018 wykonawca ten nie wykonał pełnego studium wykonalności, ale jedynie uzupełnienie studium wykonalności. Zamawiający wezwał TPF do wyjaśnienia rozbieżności w podanej informacji własnej oraz treści dokumentu pod kątem zakresu zrealizowanego uzupełnienia. Udzielone wyjaśnienia są, zdaniem Odwołującego, wymijające i lakoniczne i stwierdzają jedynie, że przedmiotowa usługa obejmowała swym zakresem wszystkie elementy niezbędne przy wykonaniu opracowania studium wykonalności.

Odwolujący podniósł, że jasno postawiony wymóg opracowania studium wykonalności nie może zostać spełniony przez opracowanie uzupełnienia gotowego już studium wykonalności, które (zgodnie z załączonym protokołem) podlegało w pewnych częściach jedynie aktualizacji, a więc podstawieniu nowych wartości pod opracowane już wartości. Czym innym jest bowiem doświadczenie nabyte podczas opracowania dokumentu od początku do końca, a czym innym jest podstawienie nowych wartości pod istniejące już wartości (nieaktualne), w takim bowiem przypadku wykonawca nie nabywa umiejętności w zakresie stworzenia studium wykonalności od podstaw, ale jedynie w zakresie uzupełnienia braków w istniejącym już dokumencie.

Odwolujący podkreślił, że weryfikacja wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu leży po stronie Zamawiającego, a nie wykonawcy. Zadane przez Zamawiającego pytanie wskazuje, że Zamawiający nie wie, czy wykonawca TPF warunek udziału w postępowaniu spełnia czy nie. Zamawiający zwrócił się w rzeczywistości do wykonawcy TPF o samodzielne określenie, czy w jego ocenie warunek został czy nie został spełniony. Zamawiający natomiast nie ma żadnej wiedzy pozwalającej na weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę TPF.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że wykonawca TPF nie sprostął obowiązkowi wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. że wykonał usługę opracowania całościowego studium wykonalności. Powyższe powoduje, że wykonawca TPF winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, ewentualnie, że Zamawiający winien wezwać go do dalszych wyjaśnień w tym zakresie.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia badania i oceny ofert, odtajnienia wyjaśnień wykonawcy TPF w całości (ewentualnie odrzucenia oferty wykonawcy TPF na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp), wykluczenia wykonawcy TPF z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu ewentualnie (ewentualnie wezwania wykonawcy TPF do wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń i dokumentów oraz do uzupełnienia dokumentu).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca TPF Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3 i 4. Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu tych zarzutów w zakresie, w jakim stanowiły one zarzuty ewentualne (zarzuty zaniechania zastosowania wobec Przystępującego procedury określonej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp), a Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu wobec tego uwzględnienia. Odwołujący natomiast wycofał te zarzuty w zakresie, w jakim dotyczyły one zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 1 Izba – stosownie do art. 186 ust. 4 ustawy Pzp – rozpoznała ten zarzut merytorycznie z uwagi na wniesienie przez Przystępującego sprzeciwu wobec tego uwzględnienia.

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie, przesądzając o korzystnym dla Odwołującego wyniku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że pismem z 21 sierpnia 2018 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, zastrzegając je w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący uzasadniając to zastrzeżenie, podał:

Jak zastrzeżliśmy na początku niniejszego pisma – niniejsze pismo stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z czym nie może być ujawniane oraz nie może być udostępniane innym wykonawcom i podmiotom trzecim. Chodzi o informacje organizacyjne i handlowe przedsiębiorstwa, tj. mające istotną wartość gospodarczą. Dane w nim zamieszczone stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość Wykonawcy t.j. TPF Sp. z o. o. Informacje zawarte w niniejszym piśmie jako całość nie są ujawnione do wiadomości publicznej (nie są znane ogółowi). Takie informacje mieszczą się w pojęciu "tajemnicy", ponieważ Wykonawca ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o ich treści zwykłą drogą. Wiedzą na temat tych informacji dysponuje jedynie pewien ograniczony krąg osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy lub inne osoby, które zostały zobowiązane do zachowania poufności. Spełnione są wszystkie przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż mają one dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą, nie były wcześniej ujawniane do wiadomości publicznej i zostały co do tych informacji podjęte niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W pierwszej kolejności należy wskazać, że tajemnicę przedsiębiorstwa określoną w art. 8 ust. 3 Ustawy PZP wyprowadza się z tajemnicy przedsiębiorstwa, o której stanowi art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią więc informacje znane jedynie określonemu kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacje utajnione muszą więc posiadać określoną wartość dla przedsiębiorcy, przy czym wartość ta nie musi to jednak być wyłącznie wartością gospodarczą, lecz może to być szerzej rozumiana wartość, określona w każdej wymiernej postaci. Wskazywał na powyższe Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 6 września 2016 roku; sygn. akt II Sa/Wa 553/15. WSA wskazał: (...). Pogląd powyższy został powtórzony w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 8 czerwca 2017 roku, sygn. akt II SA/Wa 118/17 (...). Wszystkie informacje zawarte w przedmiotowych wyjaśnieniach dotyczą gospodarowania przez Wykonawcę jego mieniem i obrazują szczegółowo prowadzonej działalności gospodarczej. A tym samym zgodnie z powyższym poglądem judykatury należy informacje zawarte w przedmiotowych wyjaśnieniach uznać za informacje posiadające wartość. Tym też kierował się Wykonawca składając przedmiotowe wyjaśnienia, objęciem informacji w nich zawartych jako tajemnicę przedsiębiorstwa. I tak wskazać należy, że wskazane przez Wykonawcę w wyjaśnieniach mechanizmy i metody działania podejmowane przez Wykonawcę w celu optymalizacji ceny oferty, zapewnienia Wykonawcy przewagi konkurencyjną względem innych podmiotów. Metody te są elementem polityki finansowej Wykonawcy i jako takie podlegają ochronie. Brak zastrzeżenia takich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa pozbawiłoby Wykonawcy przewagi konkurencyjnej. Wykonawca szczegółowo opisał w przedmiotowych wyjaśnieniach jak wygląda schemat sposobu wyceny poszczególnych elementów. Wszystkie te informacje dotyczą gospodarowania przez Wykonawcę jego mieniem i zarządzania polityką finansową przedsiębiorstwa i obrazują szczegóły prowadzonej działalności gospodarczej. Tym samym zgodnie z obowiązującym poglądem judykatury informacje zawarte w przedmiotowych wyjaśnieniach są to informacje posiadające wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Obrazują one kondycję finansową wykonawcy, sposób prowadzenia przez Wykonawcę swojego biznesu. Informacje przedstawione przez Wykonawcę stwarzają przewagę konkurencyjną Wykonawcy, gdyż poprzez ich zastosowania Wykonawca może zaoferować atrakcyjną cenę dla Zamawiającego, z jednoczesną gwarancją prawidłowego wykonania zamówienia — są one wypracowaną metodą takiej wyceny zamówienia, aby przy atrakcyjnej cenie osiągnąć jak najbardziej optymalne warunki realizacji zamówienia. Wykonawca wskazuje, że wypracowane rozwiązania stosowane są przy wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w których bierze udział wykonawca, a dotyczących wykonania usług projektowych. Tym samym nie są to rozwiązania jednostkowe, tworzone wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania, ale posiadają one cechy rozwiązań dla Wykonawcy powtarzalnych, stosowanych w stałej działalności gospodarczej. Wykonawca w wyjaśnieniach szczegółowo opisał stosowane przez spółkę metody kształtowania cen, a także ujawnił wynegocjowane stawki wynagrodzeń w odniesieniu do konkretnych osób z personelu wykonawcy. Ujawnienie tych danych podmiotom konkurencyjnym spowoduje, iż podmioty te będą mogły zastosować rozwiązania wypracowane przez Wykonawcę przy kalkulacji swoich budżetów, bez ponoszenia żadnych kosztów wypracowania takich mechanizmów. Dodatkowo ujawnienie wynegocjowanych stawek wynagrodzeń będzie się wiązało z możliwością podkupienia personelu wykonawcy. Powyższe spowoduje, iż Wykonawca utraci obecną przewagę konkurencyjną, jaka dzięki zastosowanym mechanizmom posiada. W przypadku ujawnienia przedmiotowych informacji Wykonawca narażony jest na obniżenie wartości finansowej spółki, ponadto na skopiowanie zastosowanego rozwiązania, przez konkurencję, poprzez fakt ujawnienia przez osoby współpracujące z Wykonawcą szczegółów dotyczących stworzonych mechanizmów, a to z uwagi na brak możliwości zobowiązania pracowników, podmiotów współpracujących do zachowania w tajemnicy informacji, w sytuacji gdy (zapis pkt. 2 klauzuli poufności informacji): (...). Podkreślenia wymaga, iż dzięki zastosowanym rozwiązaniom wykonawca w roku 2017 uzyskał obrót w wysokości 6 546 752,59 € i szacowany zysk na poziomie 15 %. W przypadku kosztów na kwotę 1 500 000 euro. Kwota ta obejmuje obecny zysk w przeliczeniu na trwające kontrakty oraz planowany zysk na rok 2018. Dodatkowo wskazać należy, iż zastrzeżenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa było już przedmiotem badania przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 14 listopada 2017 r. sygn. KIO 2267/17 i 2290/17, gdzie Izba orzekła (...).

Ponadto Przystępujący opisał działania, jakie podjął w celu zachowania przedstawionych informacji w poufności.

W dniu 10 października 2018 r. Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie mu złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. W odpowiedzi na ten wniosek Zamawiający przekazał Przystępującemu pismo z zastrzeżeniami fragmentami tekstu. Ujawniona treść tego pisma obejmowała – obok dwóch fragmentów zawierających tylko ogólne stwierdzenia - uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Właściwa treść wyjaśnień dotyczących ceny oferty nie została Odwołującemu przekazana.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 ustawy, 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, zastrzeżł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, 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. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę

przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym 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.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis 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. Realizacją 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.*

Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie. Z przywołanego przepisu wynika także termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin ten został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert. W przypadku dokumentów składanych po tym terminie, należy przyjąć, że wykazanie to musi nastąpić równocześnie z ich złożeniem.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był – równocześnie ze złożeniem wyjaśnień, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa – wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 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.

Kwestia podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności nie była podstawą podniesionych w odwołaniu zarzutów. Odnosząc się natomiast do kwestii charakteru utajnionych informacji i posiadania przez nie wartości gospodarczej, Izba doszła do przekonania, że Przystępujący nie sprostał ciężarowi wykazania tej przesłanki. Lektura przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia zastrzeżenia prowadzi do wniosku, że obejmowało ono ogólnikowe, gołosłowne i pozbawione szerszego wywodu merytorycznego deklaracje.

Ustawodawca w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego – obok deklaracji, że spełnione są wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa i przytoczenia fragmentów uzasadnień orzeczeń sądowych i orzeczeń KIO (czego w ogóle nie można uznać za wykazanie zasadności zastrzeżenia) – obejmują informacje, że wyjaśnienia zawierają mechanizmy i metody działania zapewniające przewagę konkurencyjną i w związku z tym podlegające ochronie. Z treści uzasadnienia nie sposób jednak powziąć wiedzy, które konkretnie informacje przedstawiają te bliżej nieokreślone mechanizmy i metody oraz w jaki sposób zapewniają Przystępującemu przewagę. Podkreślenia wymaga, że nie można uznać wyjaśnień za podlegające ochronie przez sam fakt, że zawarte w nich informacje są elementem polityki finansowej.

Podobnie należy ocenić przedstawione w uzasadnieniu zastrzeżenia tezy, że informacje dotyczą gospodarowania mieniem i zarządzania polityką finansową, obrazują szczegóły prowadzonej działalności oraz przedstawiają wypracowaną metodę wyceny zamówienia i metodę kształtowania cen. Są to twierdzenia ogólnikowe, które mogłyby być przedstawione niemal w każdym przypadku składania przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Przystępujący nie doprecyzował, których informacji każde z tych twierdzeń dotyczy i na czym konkretnie polega ich wartość gospodarcza oraz w jaki sposób mogą być wykorzystane przez innych wykonawców. Gdyby uznać tego rodzaju uzasadnienie za wystarczające, to należałoby dojść do nieakceptowalnego wniosku, że z zasady można utajniać większość informacji przedstawianych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zauważyć należy, że w zasadzie każde wyjaśnienie składane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obejmuje tego typu informacje, a przecież nie sposób twierdzić, aby przez sam ten fakt w każdym przypadku miały one pozostawać niejawne dla innych wykonawców.

Ponadto Przystępujący przedstawił gołosłowną deklarację, że przedstawione rozwiązania są stosowane we wszystkich postępowaniach na usługi projektowe (z czego trudno wyprowadzić wniosek o zasadności ich utajnienia), a w odniesieniu do stawek wynagrodzeń – gołosłowną deklarację o możliwości „podkupienia” personelu Przystępującego

przez innych wykonawców. Przystępujący nie podjął nawet próby wykazania, że jest to personel o szczególnych, unikalnych kwalifikacjach, czy że istnieje na rynku szczególne zapotrzebowanie na takich specjalistów. Przystępujący nie uprawdopodobnił nawet, że takie próby „podkupienia” stanowią realne i znaczne ryzyko.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń Odwołującego, że o niezasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma świadczyć fakt, że wcześniejsze wyjaśnienia Zamawiający ujawnił, stwierdzić należy, że argument ten jest chybyony. Stanowisko Odwołującego w tym zakresie sprowadzało się do tezy, że skoro pierwsze wyjaśnienia były jawne, to wyjaśnienia kolejne, będące ich uszczegółowieniem, nie mogą zawierać informacji nieujawnionych. Zauważyć jednak należy, że zasadność utajnienia informacji może zależeć od stopnia ich szczegółowości. Nawet jeśli informacje na poziomie bardziej ogólnym nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa, to nie można wykluczyć, że przedstawienie informacji uszczegółowionych może taką tajemnicę zawierać. Jeżeli w wyjaśnieniach znajdują się informacje dotyczące jawnego wykazu osób, to podanie informacji dodatkowych, nieobjętych tym wykazem, teoretycznie może spełniać przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Warunkiem jednak uznania tej tajemnicy za skutecznie zastrzeżoną jest wykazanie Zamawiającemu, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone przepisami prawa. Nie jest natomiast rolą ani Zamawiającego, ani Izby, dociekanie we własnym zakresie, jaki jest faktyczny charakter i wartość gospodarcza przedstawionych informacji. Skoro Przystępujący – jak wskazano powyżej – nie wywiązał się z obowiązku takiego wykazania, przedstawione informacje nie mogły zostać objęte ochroną.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu istnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający bezpodstawnie zaniechał ujawnienia treści tego dokumentu.

W związku z uwzględnieniem zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień Izba odstąpiła od merytorycznego rozpoznania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący – w związku z nieznajomością wyjaśnień – sformułował ten zarzut jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia wyjaśnień, zaznaczając, że nie jest w stanie podjąć szczegółowej polemiki z uwagi na nieznajomość tego dokumentu. Wobec uwzględnienia zarzutu głównego zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu. Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, jakoby zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego podlegał oddaleniu ze względu na fakt, że ustawa Pzp nie przewiduje możliwości formułowania zarzutów ewentualnych. Odnosząc się do tego stanowiska, zaważenia wymaga, że to od decyzji Odwołującego zależy, jakie zarzuty podnosi w odwołaniu i w jaki sposób je formułuje. W ocenie Izby żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzuty główny oraz – na wypadek jego nieuwzględnienia – zarzut ewentualny. Co więcej, w przypadku nieujawnienia przez zamawiającego określonego dokumentu konkurenta (w rozpoznawanej sprawie – wyjaśnień dotyczących ceny), sformułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków ewentualnej wadliwości takiego dokumentu (tj. zaniechania odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z postępowania), jest działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Trudno bowiem wykazać zasadność zarzutu sformułowanego na bazie domysłów i wątpliwości, jednocześnie podniesienie takiego zarzutu bez wskazania na jego ewentualny charakter zobowiązywałoby Izbę do jego rozpatrzenia, co z kolei narażałoby Odwołującego na odrzucenie ewentualnego odwołania wniesionego po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, z uwagi na powagę rzeczy osądzonej. W takich sytuacjach za właściwą decyzję wykonawcy należy uznać zaskarżenie w pierwszej kolejności zaniechania ujawnienia wyjaśnień, a następnie – po zapoznaniu się z ich treścią – podjęcie decyzji w przedmiocie wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną lub podniesienie tego zarzutu już w pierwszym odwołaniu, ale tylko z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego kwestia zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego nie została przez Izbę rozpoznana, co oznacza dla wykonawcy uprawnienie do ewentualnego wniesienia odwołania w tym zakresie w terminie liczonym od udostępnienia mu wyjaśnień.

Wobec ustalenia, że Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b z późn. zm.).

Przewodniczący:.....