Sygn. akt: KIO 2471/15

WYROK
z dnia 26 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2015 r. przez **Tavrida Electric Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja Spółkę Akcyjną w Lublinie Oddział Rzeszów**
przy udziale wykonawcy **ZPUE Spółka Akcyjna we Włoszczowie,** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Tavrida Electric Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Tavrida Electric Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2 zasądza od **Tavrida Electric Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach** na rzecz **PGE Dystrybucja Spółkę Akcyjną w Lublinie Oddział Rzeszów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

---

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie.**

……

Sygn. akt: KIO 2471/15

Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Dystrybucja Spółkę Akcyjną w Lublinie Oddział Rzeszów - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wyłączników napowietrznych sterowanych radiowo.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 12 listopada 2015 roku Tavrida Electric Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach (dalej: odwołująca) wniosła odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1) wyborze oferty złożonej przez ZPUE S.A z siedzibą we Włoszczowie jako najkorzystniejszej oferty,

2) zaniechania czynności wezwania wykonawcy ZPUE S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,

3) czynności utajnienia oferty ZPUE S.A. w zakresie opisu i danych technicznych

oferowanych urządzeń oraz wykazu dostaw zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert,

4) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZPUE S.A., jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

5) zaniechania czynności dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującą.

Powyższym czynnościom (zaniechaniom) odwołująca postawiła następujące zarzuty:

1) zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ZPUE S.A. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny,

2) zarzut naruszenia art. 7 ust. 3. w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty, oferty ZPUE

S.A. w sytuacji zaniechania wyjaśnienia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz niedokonania odrzucenia oferty ZPUE S.A. z uwagi na rażąco niską cenę,

3) zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie utajnienia oferty ZPUE S.A. w zakresie opisu i danych technicznych oferowanych urządzeń oraz wykazu dostaw zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

Mając na uwadze powyższe, odwołująca wniosła o uwzględnienie odwołania i:

1) nakazanie zamawiającemu, aby unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty,

2) nakazanie zamawiającemu, aby zwrócił się do ZPUE S.A. o wyjaśnienie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,

3) nakazanie zamawiającemu, aby dokonał odtajnienia oferty ZPUE S.A. w zakresie opisu i danych technicznych oferowanych urządzeń oraz wykazu dostaw zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert,

4) nakazanie zamawiającemu aby dokonał ponownego badania i oceny oferty ZPUE S.A. i dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,

5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującej zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

Odwołująca podniosła, że posiada interes w wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ustawy P.z.p., z uwagi na fakt że jej oferta, zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), jest korzystniejsza cenowo niż oferta wykonawcy ZPUE S.A., a zatem, gdyby nie działania zamawiającego sprzeczne z przepisami ustawy P.z.p., oferta odwołującej zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Jednocześnie odwołująca może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, poprzez nieosiągnięcie przychodów możliwych do uzyskania w toku wykonywania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołująca podniosła, iż - jak wynika z protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego - zamawiający na potrzeby postępowania określił wartość zamówienia na kwotę 1.976.000 zł netto, tj. 2.430.480 zł brutto.

W toku postępowania wykonawcy których oferty nie zostały odrzucone, złożyli po aukcji ostatecznie następujące oferty:

- Tavrida Electric Polska sp. z o.o. z siedzibą w Tychach: 2.236.415,52 zł brutto,

- Zakład Obsługi Energetyki sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu: 2.612.766,00 zł brutto,

- ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowie: 1.818.223,00 zł brutto.

Różnica procentowa pomiędzy ceną z oferty ZPUE S.A. a średnią pozostałych nieodrzuconych ofert wynosi: 25,01%.

Różnica procentowa pomiędzy ceną z oferty ZPUE S.A. a szacunkową wartością zamówienia wynosi: 25,19%.

Odwołująca wskazała, że zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy P.z.p., podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Należy zatem założyć, że w taki właśnie sposób zamawiający oszacował wartość niniejszego zamówienia, gdyż członkowie zespołu przetargowego byli doskonale zorientowani w przedmiocie zamówienia, jak i cenach urządzeń będących przedmiotem zamówienia.

W ocenie odwołującej, mając na uwadze powyższe, różnica pomiędzy ceną oferty ZPUE S.A. a wartością szacowaną przez zamawiającego oraz wartością wynikającą ze średniej pozostałych nieodrzuconych ofert pozwala na sformułowanie uzasadnionego wniosku, że cena oferty ZPUE S.A. jest rażąco niska.

Odwołująca stwierdziła, iż obowiązek badania, czy cena oferty nie została zaniżona, powstaje zawsze, gdy zamawiający nabierze wobec jej wysokości uzasadnionych wątpliwości. Wątpliwości tych zamawiający nabrać musi, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Podkreślić jednak należy, że określony w art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. próg 30% stanowi jedynie przykładowy, ale jednocześnie maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 10% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma pełne prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odwołująca stwierdziła, że w niniejszym stanie faktycznym, zaniżenie oferty wykonawcy ZPUE S.A. nie przekraczało co prawda 30% wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej złożonych ofert, jednakże bardzo znaczny stopień tego zaniżenia przekraczający 25% niewątpliwie musiał dać podstawę zamawiającemu do podejrzeń — mając na uwadze jego wiedzę, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych -

co do zaistnienia ceny rażąco niskiej ww. wykonawcy w stosunku do przedmiotu zamówienia, ofert innych wykonawców i cen rynkowych oraz co do braku możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Odwołująca podkreśliła, że pierwotna oferta ZPUE S.A. (2.545.366,92 zł brutto) w trakcie aukcji została niespodziewanie obniżona aż o 28,3 %. Już sam ten fakt, powinien wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do rzetelności ww. oferty, na co zwracała uwagę odwołująca w piśmie z dnia 7 października 2015 r.

Odwołująca stwierdziła, że na rynku polskim ilość firm oferujących urządzenia będące przedmiotem przetargu jest ograniczona. Wszystkie one wzięły udział w przedmiotowym przetargu. Przeciętny poziom ich cen jest ogólnie znany i ukształtowany przez rynek.

W ocenie odwołującej, na fakt całkowitego oderwania ceny ZPUE S.A. od realiów rynkowych - a zatem na konieczność zastosowania przez zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., wskazuje także przebieg innych postępowań o dostawę wyłączników napowietrznych sterowanych radiowo oferowanych zamawiającemu. Te same urządzenia były przedmiotem przetargów zorganizowanych przez zamawiającego również w latach 2012 i 2013. Zaoferowane wówczas ceny jedynie nieznacznie różniły się między sobą.

Ponadto, również w przetargu organizowanym w roku 2013 UZZ/67/PN/2013 przez Tauron Dystrybucja SA, w którym zamówienie dotyczyło tej samej grupy urządzeń (wyłączniki napowietrzne sterowane radiowo), różnice pomiędzy cenami zaoferowanymi przez poszczególnych wykonawców były znikome.

Odwołująca stwierdziła, że przebieg postępowania jednoznacznie wskazuje, że wykonawca ZPUE S.A. złożył ofertę o tak rażąco niskiej cenie, aby pozostali oferenci nie mieli jakichkolwiek możliwości włączenia się do aukcji. Świadczy to o dążeniu do osiągnięcia celu nie powiązanego bezpośrednio z przetargiem, tj. uzyskania zamówienia niezależnie od własnych kosztów. Mając na uwadze specyfikę rynku, w roku 2015 nie zaszły bowiem żadne nowe okoliczności, które uzasadniałyby tak radykalne obniżenie oferty ZPUE S.A., mając na uwadze oferty składane przez tą firmę w latach poprzednich. Fakt, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne, uprawdopodobnia także okoliczność, iż wykonawcy nie mają w praktyce możliwości modyfikacji cen jednostkowych elementów zamówienia w postaci telemechaniki, ograniczników przepięć, transformatora zasilającego oraz tzw. zestawu konstrukcji - ceny powyższych składników wyłączników napowietrznych są bowiem de facto determinowane przez podmioty trzecie. Wartość ww. części zamówienia przekracza przy tym 20% całego zamówienia.

W ocenie odwołującej, w świetle powyższych okoliczności, niezrozumiałe jest, że zamawiający zaniechał wyjaśnienia tak istotnej kwestii, jak rażąco niska ceny oferty uznanej za najkorzystniejszą. Zamawiający, rezygnując z narzędzi w które ustawodawca go wyposażył w art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., doprowadził do sytuacji, gdy realizacja zadania została powierzona podmiotowi, który nie może gwarantować należytego wykonania zadania, z uwagi na skalkulowanie oferty poniżej kosztów.

Dodatkowo odwołująca podniosła, iż dwa elementy oferty firmy ZPUE S.A. zostały przez zamawiającego utajnione. Chodzi o materiały zawierające opis i dane techniczne oferowanych urządzeń oraz wykaz dostaw zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

W ocenie odwołującej, wyżej wskazane elementy oferty firmy ZPUE S.A. absolutnie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem ich utajnienie przez zamawiającego nie było zasadne.

Odwołująca wskazała, iż s.i.w.z. wymagała wyłącznie dostarczenia kart katalogowych oferowanych urządzeń. Karta katalogowa jest dokumentem znajdującym się w powszechnym obiegu i stanowi ogólnodostępne źródło informacji o oferowanym sprzęcie, skierowanym do odbiorców takiego sprzętu. Ze swojej istoty nie może mieć więc charakteru poufnego, czego najwyraźniej nie dostrzegł zamawiający. W ocenie odwołującej, absurdalne byłoby twierdzenie, by wykonawca podejmował w stosunku do niej jakiekolwiek działania w celu zachowania jej poufności. Jednocześnie wobec utajnienia ww. danych nie można określić jaki wyłącznik napowietrzny stanowi przedmiot dostawy, a w konsekwencji uniemożliwia weryfikację oferty.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca ZPUE S.A we Włoszczowie (dalej: przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający na potrzeby postępowania określił wartość zamówienia na kwotę 1.976.000 zł netto, tj. 2.430.480 zł brutto.

W toku postępowania wykonawcy których oferty nie zostały odrzucone, złożyli po aukcji ostatecznie następujące oferty:

- Tavrida Electric Polska sp. z o.o. z siedzibą w Tychach: 2.236.415,52 zł brutto,

- Zakład Obsługi Energetyki sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu: 2.612.766,00 zł brutto,

- ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowie: 1.818.223,00 zł brutto.

Różnica procentowa pomiędzy ceną z oferty ZPUE S.A. a średnią wszystkich złożonych ofert wynosi: 18,19%.

Różnica procentowa pomiędzy ceną z oferty ZPUE S.A. a szacunkową wartością zamówienia wynosi: 25,19%.

W dniu 23 czerwca 2015 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie utajnienia części oferty. Przystępujący złożył wyjaśnienia w dniu 29 czerwca 2015 r.

W dniu 31 lipca 2015 r. odwołująca przedłużyła termin związania ofertą o 60 dni oraz termin ważności wadium. Wykonawca Technologistyka Sp. z o.o. w dniu 29 sierpnia 2015 r. wniósł odwołanie. Odwołanie to zostało cofnięte, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie postawieniem z dnia 16 września 2015 r. sygn. akt KIO 1914/15. Termin związania ofertą uległ zawieszeniu do 29 września 2015 r. i upłynął 15 października 2015 r. Odwołująca nie przedłużyła terminu związania ofertą i nie wniosła wadium.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba podkreśla, że legitymacja do wniesienia służy tylko takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu danego zamówienia. Odwołujący musi dowieść, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia.. Fakt posiadania przez odwołującego interesu, uprawniającego go do wniesienia odwołania, podlega badaniu w toku postępowania odwoławczego. W przypadku stwierdzenia braku tej przesłanki dopuszczalności wniesienia odwołania, podlega ono oddaleniu.

Oprócz interesu w uzyskaniu danego zamówienia, wykonawca, którzy korzysta ze środka ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązany

jest wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p., czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

A zatem wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p., albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę.

Jeżeli odwołanie dotyczy czynności zamawiającego dokonanych po terminie składania ofert, pierwszym i podstawowym warunkiem uznania, iż wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia, jest złożenie przez niego oferty i dopilnowanie, by termin związania nią pozostał aktualny przez cały okres poprzedzający wniesienie odwołania. Oczywistą konsekwencją upłynięcia terminu związania ofertą jest brak interesu w uzyskaniu zamówienia, co uniemożliwia złożenie skutecznego odwołania. Wykonawca, który nie przedłużył terminu związania ofertą nie ma bowiem szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Nie może on również wykazać innych przesłanek, uprawniających do wniesienia odwołania, w tym poniesionej przez siebie szkody oraz związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy szkodą a naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Brak

możliwości uzyskania zamówienia spowodowany nieprzedłużeniem terminu związania ofertą sam w sobie przesądza o niemożności poniesienia szkody z powodu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Z uwagi na powyższe odwołanie należało oddalić. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, co następuje:

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jest w ocenie Izby nieuzasadniony.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30%

od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Analiza wskazanego przepisu pozwala przypuszczać, że ocena, czy zaoferowana cena może być rażąco niska, należy do zamawiającego. Przepis co do zasady pozostawia decyzję w tej sprawie zamawiającemu, formułując jedynie jedną przesłankę, zgodnie z którą wątpliwości zamawiającego winna wzbudzić cena, która jest niższa od wartości zamówienia lub od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o 30%.

W rozpoznawanym sprawie przypadek taki nie zachodzi. Cena oferty przystępującego jest niższa od średniej wszystkich złożonych ofert o 18,19% oraz o 25,19% od szacunkowej wartości zamówienia.

Należy zgodzić się z odwołującą, iż wskazany przepis nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, zaistnienie których winno skłonić zamawiającego do wezwania wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty, niemniej jednak to odwołująca winien wykazać, dlaczego, w jej ocenie, zaoferowana cena jest rażąco niska. W tym przypadku to na odwołującej, jako tej, która z danego faktu wywodzi określone skutki prawne, spoczywa ciężar wykazania, że cena zaoferowana przez przystępującego nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Odwołująca ograniczyła się wyłącznie do wskazania cen oferowanych przez producentów tego rodzaju produktów w latach poprzednich i stwierdzeniu, że nie zaszły żadne okoliczności usprawiedliwiające obniżenie ceny do pułapu zaoferowanego przez przystępującego. Z tego względu okoliczności podnoszone przez odwołującą nie zostały przez nią udowodnione.

W ocenie Izby zarzut nieuprawnionego utajnienia elementów oferty przystępującego był zarzutem uzasadnionym. Przystępujący nie wykazał bowiem, że informacje zastrzeżone przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa w istocie taką tajemnicę stanowią.

Jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. 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, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje i czynność ta musi przez zastrzeżenia zostać oceniona zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać zasadność dokonanego zastrzeżenia.

W ocenie Izby przystępujący nie wykazał, iż wobec zastrzeżonej informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania jej w poufności.

Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie zwrotu "niezbędność". Ocena ma być dokonana *ex ante,* a nie *ex post.* Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują rodzaju lub zakresu środków, do których podjęcia zobowiązany jest wykonawca. Rodzaj i zakres wymaganych zabezpieczeń zależeć będzie zatem w szczególności od rodzaju informacji, sposobu utrwalenia informacji, struktury oraz wielkości przedsiębiorstwa, a także pozycji rynkowej danego wykonawcy.

W ramach podejmowanych środków można wyróżnić fizyczne oraz prawne środki ochrony informacji. Fizyczne środki ochrony informacji mogą polegać w szczególności na:
- klasyfikacji i znakowania poufnych informacji,
- ograniczeniu dostępu oraz fizycznej ochrony miejsc przechowywania informacji,
- zabezpieczeniu nośników, szyfrowaniu danych zapisanych w postaci elektronicznej,
- zastosowaniu zabezpieczeń systemów informatycznych.

Natomiast prawne środki ochrony informacji polegać mogą w szczególności na:
- zobowiązaniu pracowników do zachowania w poufności udostępnionych informacji,
- wprowadzeniu klauzul o zachowaniu poufności do umów z kontrahentami,
- zawieraniu umów o zachowaniu w poufności informacji udostępnionych w toku negocjacji,
- oznakowaniu dokumentów, poczty elektronicznej (klauzule o zachowaniu poufności informacji).

Przystępujący w wyjaśnieniach złożonych w wyniku wezwania zamawiającego wskazał jedynie na charakter informacji, mający dla niego znaczenie gospodarcze. Nie wskazał natomiast, w jaki sposób zabezpiecza te informacje, co uniemożliwia ich uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa.

12

Uznanie wskazanego wyżej zarzutu za zasadny pozostaje jednak bez wpływu na rozstrzygnięcie Izby. Odwołująca nie wykazała bowiem interesu we wniesieniu odwołania, przez co odwołanie, nawet w ograniczonym zakresie, nie może zostać uwzględnione.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

……

13