Sygn. akt: KIO 108/15

WYROK
z dnia 3 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2015 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) FIMA Polska Sp. z o.o., ul. Poleczki 12, 02-822 Warszawa (lider), 2) UAB FIMA Žirmūny St. 139,09120 Wilno, Litwa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – **Warszawską Kolej Dojazdową Sp. z o.o., ul. Batorego 23, 05-825 Grodzisk Mazowiecki,**

przy udziale:
A. wykonawcy WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego,**
B. wykonawcy TK Telekom Sp. z o.o., ul. Kijowska 10/12 A, 03-743 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Odwołującego,**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu odtajnienie formularza cenowego złożonego na stronach od 052 do 096 oferty wykonawcy WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach;**

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego,** i:
   2.1. 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,

---

   2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 108/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Warszawska Kolej Dojazdowa Sp. z o.o., ul. Batorego 23, 05-825 Grodzisk Mazowiecki – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie Systemu Informacji Pasażerskiej i Monitoringu na stacjach i przystankach osobowych WKD w oparciu o technologię światłowodową” nr ref: WKD10-229-1/2014.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2014/S 183-322582 w dniu 24 września 2014 r.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 19 stycznia 2015 r., Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) FIMA Polska Sp. z o.o., ul. Poleczki 12, 02-822 Warszawa (lider), 2) UAB FIMA Žirmūny St. 139,09120 Wilno, Litwa – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. odtajnienia pełnej treści oferty wykonawcy WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, tj. stron 47-96 oferty, w tym: a) Formularz cenowy – zgodny z Załącznikiem nr 1a, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 8 ust. 1-3 Ustawy wobec zaniechania odtajnienia oferty wykonawcy WASKO S.A.,

pomimo, że utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;

2) art. 8 ust. 3 Ustawy w zw. z art. 86 ust. 4 Ustawy poprzez niewłaściwe zastosowanie wobec uznania, że dokumenty zastrzeżone przez wykonawcę WASKO S.A. objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, podczas gdy przepisy zabraniają zastrzeżenia takich informacji;

3) art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503} (dalej: „uznk") poprzez zaniechanie odtajnienia treści ofert wykonawcy WASKO S.A., pomimo, iż zastrzeżone dokumenty nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa;

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonych części oferty wykonawcy WASKO S.A., oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył w postępowaniu ofertę. Podkreślono, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, dokonanie wglądu do ofert złożonych przez innych wykonawców w postępowaniu oraz możliwość zaskarżenia czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie ofert w postępowaniu, jest uprawnieniem Odwołującego i w związku powyższym szkoda, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polega na tym, że nie miałby możliwości skorzystania ze swoich uprawnień (o których mowa powyżej – tak wyrok KIO z dnia 22 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1384/14).

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że zgodnie z art. 8 Ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności przejawia się zarówno w działaniach wykonawcy jak i zamawiającego, którzy zobowiązani są do udostępnienia dokumentów sporządzanych w czasie postępowania, nie tylko przez zamawiającego, ale również przez wykonawców. Od zasady jawności występuje wyjątek w postaci nie ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zdefiniowanej w art. 11 pkt4 UZNK, które nie obejmują informacje wymienione art. 86 ust. 4 Ustawy, tj. nazwy (firmy) wykonawców, adresy wykonawców, informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji oraz warunków płatności zawartych w ofertach, co do których nie jest możliwe wyłączenie jawności. Powyższy katalog wskazuje na to, że w Ustawie wprost wskazany jest zakaz zastrzeżenia informacji dotyczących ceny, co również potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Wskazano, że na Zamawiającym ciąży obowiązek zbadania w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu czy zachodzą przestanki zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający zaniechał odtajnienia oferty wykonawcy WASKO S.A., który zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Formularz cenowy oraz Wykaz osób pomimo, że dokumenty te zostały sporządzone według wzorów opracowanych i narzuconych przez Zamawiającego. Zamawiający biorąc pod uwagę zarówno przepisy prawa jak i ugruntowane stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej powinien odtajnić powyższe informacje. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła w szczególności w zbliżonym stanie faktycznym, że *„informacje opracowane na potrzeby konkretnego postępowania, w tym przede wszystkim w oparciu o informacje przedłożone przez zamawiającego w SIWZ, a więc jawne, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa"* (wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2793/10).

Argumentowano następnie, że jeżeli złożone w przedmiotowym postępowaniu oferty zawierają jakieś unikalne know-how, to jest to know-how Zamawiającego. Wykonawcy zobowiązani byli jedynie do odpowiedzi na szczegółowo sformułowane wymagania Zamawiającego i do uzupełnienia formularzy w kształcie zaprojektowanym detalicznie przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że zastrzeżenie przez wykonawcę WĄSKO S.A. Formularza cenowego powinno zostać uznane za bezskuteczne, co zostało już wielokrotnie stwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą, między innymi w wyroku z dnia 12 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2793/10), w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „za *tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób również uznać informacji zawartych w formularzu cenowym. Dokument ten nie zawiera,* żadnych *szczegółowych kosztów a jedynie ceny poszczególnych sprzętów; oprogramowania ogólnie dostępnych na rynku".*

Podniesiono także, że zakaz zastrzeżenia Formularza cenowego jako tajemnicy przedsiębiorstwa wynika wprost z przepisów Ustawy. Zgodnie z art. 8 ust. 3, wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4, czyli m.in. informacji „dotyczących ceny". Podkreślenia wymaga fakt, iż ustawodawca wyraźnie stwierdził w ten sposób, iż jawne w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna być nie tylko sama „cena", lecz wszelkie informacje „dotyczące ceny", bowiem takim właśnie pojęciem posłużył się w art. 86 ust. 4, do którego odsyła art. 8 ust. 3 Pzp. Nie ulega wątpliwości, że informacje zawarte w formularzu cenowym dotyczą ceny, a więc, zgodnie z przywołanymi wyżej regulacjami, wyłączenie ich jawności nie jest możliwe. Odwołujący wskazał, że powyższe stanowisko potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza między innymi w wyroku z dnia 22 września 2014 r., sygn. akt KIO 1877/14, stwierdzając iż *„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".*

Odwołujący wskazał następnie, że brak jest jakichkolwiek przesłanek zastrzeżenia Formularza cenowego jako tajemnicy przedsiębiorstwa a sama obawa przed poznaniem przez

konkurencję polityki cenowej wykonawcy nie uzasadnia naruszenia zasady jawności postępowania (tak: wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1072/11). Nie jest również zasadne zastrzeżenie dokumentów jedynie w celu ochrony przed dostępem dla innych wykonawców w celu weryfikacji zgodności oferty z Ustawą. Jak słusznie stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza, „przedsiębiorcy *decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć* świadomość *konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt,* że *mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia,* że *każda z takich informacji stanowi tajemnice przedsiębiorstwa"* (wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1072/11).

Odwołujący wskazał również, że pozostali wykonawcy, w tym Odwołujący, nie zastrzegli Formularza cenowego, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający odmawiając Odwołującemu wglądu w pełną treść oferty WASKO S.A. podczas gdy nie ma podstaw do uznania skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, różnicuje sytuację prawną i faktyczną wykonawców naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. W odniesieniu do objęcia wykazu osób tajemnicą przedsiębiorstwa podniesiono brak

sprecyzowania zarzutu. Wskazano przy tym, że Odwołujący także objął tajemnicą przedsiębiorstwa złożony przez siebie wykaz osób. W konsekwencji, Zamawiający uznał, iż zarzut postawiony w odwołaniu może odnosić się tylko i wyłącznie do rzekomego braku odtajnienia formularza cenowego. W tym zakresie argumentowano, że w niniejszej sprawie nie sposób traktować o jakimkolwiek zaniechaniu, gdyż Zamawiający nie podjął jeszcze żadnej decyzji w zakresie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. nie odtajnił oferty Wasko S.A. w zakresie formularza cenowego, ale też w żadnym razie nie podjął decyzji o braku takiego odtajnienia. Wskazano, że w piśmie z dnia 16 stycznia 2014 r., Zamawiający przekazał Odwołującemu informację, że obecnie jest w trakcie badania skuteczności zastrzeżenia dokumentów, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Pismami z dnia 19 stycznia 2015 r. wystąpił bowiem do wykonawców o złożenie wyjaśnień w tym zakresie. W konsekwencji, w dacie wniesienia odwołania, Zamawiający był w trakcie czynności badania i wyjaśniania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślono, że wystosowanie do wykonawców wezwań stanowi niekwestionowane uprawnienie Zamawiającego. Skorzystanie z takiego uprawnienia świadczy o dochowaniu należytej staranności przez Zamawiającego, tym bardziej, że ustawa nie precyzuje sposobu weryfikacji przedmiotowej kwestii, ale jednocześnie, biorąc pod uwagę naczelną zasadę systemu

zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie pozostawia Zamawiającemu dowolności i niczym nieograniczonej swobody w tym zakresie. Wskazano następnie, że na moment złożenia odpowiedzi na odwołanie Zamawiający jest jeszcze w trakcie analizy otrzymanych wyjaśnień. Podkreślono także, że w zakresie utajnienia dokumentów odnoszących się do kalkulacji ceny nie zostało wykształcone jednolite orzecznictwo. Argumentowano także, że ocena, czy przedłożone wyjaśnienia są przekonywujące stanowi procedurę wymagającą czasu. Zamawiający nie dokonuje czynności w postępowaniu na zasadzie dążenia do jak najszybszego zamknięcia postępowania. W konsekwencji, zaniechanie po stronie Zamawiającego, na które powołuje się Odwołujący w ogóle nie zaistniało, czego Odwołujący – biorąc pod uwagę informację z dnia 16 stycznia 2015 r. – powinien być świadomy. Konkludując, Zamawiający wskazał, że odwołanie zostało wniesione przedwcześnie, ponieważ do dnia wniesienia odwołania Zamawiający nie zakończył czynności badania i oceny oferty wykonawcy Wasko S.A. Skoro Zamawiający nie wyraził ostatecznego stanowiska, co do odtajnienia dokumentów i wskazał Odwołującemu, że jest w trakcie oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to brak było podstawy do wniesienia odwołania. W kontekście powyższego, Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie ma również interesu we wniesieniu odwołania dotyczącego rzekomego zaniechania odtajnienia pełnej treści oferty Wasko S.A.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy: WASKO S.A. (po stronie Zamawiającego), TK Telekom Sp. z o.o. (po stronie Odwołującego). Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników. Przystępujący Wasko S.A. wskazał, iż odwołanie, jako przedwczesne powinno podlegać odrzuceniu.

W toku postępowania odwoławczego strony podtrzymały swoje stanowiska. Odwołujący wskazał przy tym, że przedmiotem odwołania jest tylko zaniechanie odtajnienia formularza cenowego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest „Wykonanie Systemu Informacji Pasażerskiej i Monitoringu na stacjach i przystankach osobowych WKD w oparciu o technologię światłowodową".

W ramach inwestycji wykonane zostaną, jako przedmiot zamówienia:

1) dostawa, rozmieszczenie i instalacja urządzeń wraz z oprogramowaniem i uruchomieniem dla potrzeb Systemu Informacji Pasażerskiej i Monitoringu oraz rozruch technologiczny i szkolenia z obsługi Systemu na poszczególnych stanowiskach,

2) dostawa i ułożenie kabla światłowodowego w istniejącej kanalizacji teletechnicznej.

Przedmiot zamówienia, o którym mowa w pkt 1) jest współfinansowany przez Szwajcarię, w ramach szwajcarskiego programu współpracy z nowymi krajami członkowskimi Unii Europejskiej w ramach projektu pn. „Rozwój systemu publicznego transportu pasażerskiego w aglomeracji warszawskiej poprzez zwiększenie wydajności, niezawodności i bezpieczeństwa Warszawskiej Kolei Dojazdowej". Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załącznik nr 2 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (Wymagania Techniczne) oraz dokumentacja techniczna, której szczegółowy wykaz zawiera załącznik nr 2A do SIWZ. Pozostałe warunki realizacji zamówienia zostały określone we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ (SIWZ, pkt III lit. A).

W treści SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca nie może zastrzec informacji i dokumentów, których jawność wynika z innych aktów prawnych, w tym m.in. z treści art. 86 ust. 4 Pzp (SIWZ, pkt XIII, ppkt 2 lit. d).

W Opisie sposobu obliczenia ceny Zamawiający wskazał, że cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia należy przedstawić w formularzu „OFERTA", którego wzór stanowi załącznik nr 1 do SIWZ. Cenę oferty należy podać w formie ryczałtu wyrażoną w złotych polskich (PLN). Zamawiający wymaga określenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia na podstawie formularza cenowego, którego wzór stanowi załącznik nr 1a do SIWZ. Wykonawca zobowiązany jest do uzupełnienia wszystkich pozycji kol. 3 oraz kol. 7 ww. formularza na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, przedmiarów robót i dokumentacji technicznej, której wykaz zawiera załącznik nr 2A do SIWZ. Cena oferty jest ceną ryczałtową niezmienną do zakończenia przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 632 Kodeksu cywilnego.
Cena oferty musi zawierać całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie składniki i koszty towarzyszące związane z należytą, terminową i zgodną z obowiązującymi przepisami realizacją przedmiotu zamówienia, również te, których w przedmiarze robót nie ujęto. Oferta musi zawierać sumaryczną cenę obejmującą roboty budowlane, dostawy i usługi niezbędne do realizacji zadania i inne koszty uwzględniające wszystkie opłaty i podatki, z uwzględnieniem ewentualnych upustów i rabatów (SIWZ, pkt XV).

Zamawiający w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przyjął kryterium – łączna cena brutto oferty z wagą 100% (SIWZ, pkt XVI).

W przygotowanym przez Zamawiającego formularzu cenowym (Załącznik nr 1A do SIWZ), Zamawiający w sposób szczegółowy przedstawił opis i ilość robót dotyczących

zamówienia - poz. od 1 do 850 dotyczyły Wykonanie Systemu Informacji Pasażerskiej i Monitoringu czasu rzeczywistego (część A), kolejne poz. od 1 do 249 dotyczyły części B – Wciągnięcia kabla światłowodowego do istniejącej kanalizacji teletechnicznej. Zamawiający wyspecyfikował również część C – Szkolenie, oraz część dotyczącą pozostałych kosztów (D). Obowiązkiem wykonawcy było podanie cen jednostkowych przy każdej pozycji.

Pismem z dnia 23 grudnia 2014 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami z możliwością zrobienia kserokopii lub zdjęć.

W dniu 23 grudnia 2014 r. odbyło się komisyjne otwarcie ofert. Zamawiający ogłosił, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 10.785.384,47 zł brutto.

Wykonawca Wasko S.A. złożył ofertę z ceną brutto 7.236.923,94 zł. Wykonawca zastrzegł formularz cenowy złożony wraz z ofertą, jako dokument stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 29 grudnia 2014 r., Zamawiający w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 23 grudnia 2014 r. poinformował o możliwości wglądu do dokumentacji postępowania w dniu 8 stycznia 2015 r.

W dniu 8 stycznia 2015 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu do wglądu oferty złożone w postępowania. Nie zostały udostępnione części ofert zastrzeżone przez wykonawców, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym formularz cenowy złożony przy ofercie wykonawcy Wasko S.A.

W odpowiedzi na wnioski innych wykonawców o udostępnienie dokumentacji postępowania zgodnie z zasadą jawności (konsorcjum Asseco Poland S.A., Tedecom z dnia 1 stycznia 2015 r.; Wasko S.A. z dnia 9 stycznia 2015 r.), Zamawiający w dniu 12 i 15 stycznia 2015 r. udostępnił do wglądu oferty złożone w postępowaniu. Nie zostały udostępnione części ofert zastrzeżone, jako

tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 12 stycznia 2015 r., Odwołujący zwrócił się z kolejnym wnioskiem o udostępnienie do wglądu oferty złożonej przez Wasko S.A., a w szczególności wypełnionego formularza cenowego. Wykonawca wskazał, że zastrzeżenie poufności oferty nie jest uzasadnione charakterem zawartych w niej informacji, w szczególności za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane informacje znajdujące się w formularzu cenowym. Wykonawca podniósł argumenty częściowo tożsame z argumentami powołanymi następnie w treści odwołania. Wykonawca wskazał jednocześnie, że w jego ocenie, jedynym celem zastrzeżenia informacji zawartych w formularzu jest chęć ochrony przed dostępem innych wykonawców w celu weryfikacji, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

9

Pismem z dnia 16 stycznia 2015 r., Zamawiający poinformował Odwołującego, że obecnie jest w trakcie badania skuteczności zastrzeżenie dokumentów w ofercie Wasko S.A. Wskazano, że w przypadku stwierdzenia, że zastrzeżone przez Wasko S.A. informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji, wskazane dokumenty zostaną odtajnione.

Pismem z dnia 19 stycznia 2015 r., Zamawiający wystąpił do wykonawcy Wasko S.A. do przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oferty w zakresie wykazu osób, oraz formularza cenowego. Zamawiający wyznaczył termin złożenia wyjaśnień: do dnia 21 stycznia 2015 r.

W dniu 21 stycznia 2015 r. Zamawiający otrzymał wyjaśnienia wykonawcy Wasko S.A., w których podtrzymano zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentów w postaci, jak również zastrzeżono, ze złożone wyjaśnienia także stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Do dnia rozprawy Zamawiający nie zakończył analizy przedmiotowych wyjaśnień. Nie poinformowano Odwołującego, czy i kiedy zostanie przekazana mu informacje w powyższym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp. Naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa do wglądu do pełnej treści oferty powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem. Jest to równoznaczne z występowaniem interesu do zaskarżania takich czynności lub zaniechań (por: wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1535/14).

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron Izba uznała, że **odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Przedmiotem odwołania, co zostało potwierdzone przez Odwołującego, było jedynie utajnienie formularza cenowego oferty wykonawcy Wasko S.A. W konsekwencji ta tylko kwestia była przedmiotem rozstrzygnięcia Izby. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.**

10

Złożony w piśmie procesowym Przystępującego Wasko S.A. wniosek o odrzucenie odwołania, jako przedwczesnego, nie podlegał uwzględnieniu. Przepis art. 189 ust. 2 Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli zostało złożone po upływie terminu określonego w ustawie. Obecnie, jedynie uchybienie terminu polegające na jego przekroczeniu stanowi podstawę do odrzucenia odwołania (nieobowiązujące już brzmienie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp przewidywało odrzucenie odwołania, które zostało wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie). Kwestia przedwczesności odwołania podlega merytorycznemu rozpatrzeniu w oparciu o art. 179 ust. 1 Pzp (przykładowo: wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2874/12). Niezależnie od braku podstaw do odrzucenia odwołania, Izba uznała, że w okolicznościach niniejszej sprawy, zarzut

przedwczesności odwołania nie zasługiwał na uwzględnienia, a tym samym nie zaistniały podstawy do oddalenia odwołania w oparciu o niespełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby w sprawie zostały spełnione przesłanki legitymujące Odwołującego do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp (przesłanki materialnoprawne). Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, interes w uzyskaniu zamówienia oceniać należy na moment wniesienia odwołania. Podobnie, zasadność zarzutów odwołania, Izba ocenia na moment jego wniesienia (przykładowo: wyrok KIO z dnia 2 września 2014 r., sygn. akt KIO 1688/14; wyrok KIO z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2503/13, KIO 2504/13; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1219/14). W toku postępowania odwoławczego nie zaistniały okoliczności, które zdezaktualizowałyby podniesione w odwołaniu zarzuty. W szczególności stan sprawy, ustalony na moment zamknięcia rozprawy, nie pozwalał na przyjęcie, że kwestionowany odwołaniem stan zaniechania przestał istnieć. Zamawiający do momentu zamknięcia rozprawy nie zweryfikował swojej wcześniejszej decyzji o odmowie udostępnienia utajnionych dokumentów – ani w sposób pozytywny, ani negatywny, pomimo dysponowania wyjaśnieniami wykonawcy, jak również stosunkowo długim okresem na ich przeanalizowanie i ocenę. Przyjęty przez Zamawiającego sposób procedowania, zwłaszcza w kontekście tego, iż zastrzeżenie tajemnicą odnosiło się do dokumentu, którego charakter, znaczenie w postępowaniu, jak również treść, była Zamawiającemu znana znacznie wcześniej, nie dezaktualizował zarzutów odwołania, ani nie mógł stanowić podstawy do uznania jego przedwczesności. Izba nie uwzględniła przy tym twierdzeń Zamawiającego, że w ogóle nie zaistniała czynność skutkująca zaniechaniem po stronie Zamawiającego. W dniu 8 stycznia 2015 r., Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu formularza cenowego złożonego w ofercie wykonawcy Wasko S.A. Czynność ta miała miejsce, a składająca się na nią odmowa udostępnienia ww. informacji, wskazywała na uznanie przez Zamawiającego na ówczesny moment zasadności tego zastrzeżenia – a tym samym mogła ona stanowić przedmiot zaskarżenia.

11

Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 26 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 100/12, nie jest możliwe wskazanie dla wszystkich stanów faktycznych jednolitej zasady, co do określenia terminu, od którego należy liczyć rozpoczęcie biegu terminu na wniesienia odwołania w omawianym zakresie, a kwestia ta winna każdorazowo podlegać indywidualnej ocenie. Izba nie uwzględniając zarzutu Zamawiającego, co do przedwczesności odwołania, miała na uwadze, iż w tej konkretnej sprawie, odmowa udostępnienia formularza cenowego nie miała miejsca bezpośrednio po otwarciu ofert. Od momentu otwarcia ofert do odmowy udostępnienia formularza cenowego upłynął stosunkowo długi czas. Jednocześnie, Zamawiający już od chwili otwarcia ofert dysponował wiedzą o żądaniu Odwołującego udostępnienia także tego dokumentu. To Zamawiający zadecydował, w jakiej dacie udostępni wgląd w treść oferty wykonawcy Wasko S.A. W konsekwencji, należało podzielić argumentację Odwołującego, iż skoro Zamawiający odpowiednio wcześniej dysponował wnioskiem o udostępnienie dokumentacji, posiadał także wiedzę o dokumentach objętych w tej ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa, to odmowę jej udostępnienia, mająca miejsce w dniu wyznaczonym przez Zamawiającego, tj. w dniu 8 stycznia 2015 r., należało ocenić, jako świadome zaakceptowanie przez Zamawiającego zasadności poczynionego zastrzeżenia, co do tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji, na tę już chwilę zaistniało zaniechanie, które Odwołujący zakwestionował w treści odwołania. Zamawiający argumentował na rozprawie, iż w okresie świątecznym nie pracowała komisja przetargowa, a tym samym na dzień wyznaczony na wgląd w dokumentację, czynności Zamawiającego ograniczyły się jedynie do stwierdzenia faktu objęcia części dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższa okoliczność, z której Zamawiający wywodził dla siebie korzystne skutki, nie została jednak wykazana, stosownie do zasad obowiązujących w postępowaniu odwoławczym (art. 190 ust. 1 Pzp). W konsekwencji nie mogła ona zostać przyjęta, jako podstawa do uznania, że Zamawiający na chwilę odmowy udostępnienia formularza ofertowego, nie dopuścił się zaniechania, gdyż na ten moment nie podjął jeszcze oceny, co do zasadności tego zastrzeżenia. Wykonawcy nie mają wpływu na organizację prac przez zamawiającego. W niniejszej sprawie, wobec braku możliwości przyjęcia twierdzeń Zamawiającego, należało w konsekwencji uznać, że w dniu 8 stycznia 2015 r., Zamawiający uznawał zasadność poczynionego zastrzeżenia, co do tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym, czynność zaniechania udostępnienia tego dokumentu zaistniała i mogła być skutecznie kwestionowana za pomocą przewidzianych w ustawie Pzp środków ochrony prawnej. Podniesiona na rozprawie argumentacja Zamawiającego

nakierowana była także na wykazanie, że czynności w postępowaniu nie są podejmowane pochopnie. Tym bardziej, wobec braku wykazania okoliczności przeciwstawnych stanowisku Odwołującego, należało przyjąć, że także czynność odmowy udostępnienia formularza cenowego została również podjęta w ten właśnie sposób, a więc świadczyła ona o uznaniu,

na ówczesny moment, zasadności i skuteczności poczynionego zastrzeżenia, co do tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, uzasadnione jest stanowisko, że zamawiający ma prawo dokonać oceny ofert i zastrzeżeń do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej i nie może być niejako zmuszany do wcześniejszego rozstrzygnięcia zasadności zastrzeżeń. O ile jednak podejmie w tym zakresie decyzję, to decyzja o odmowie udostępnienia informacji jest czynnością, na którą odwołanie przysługuje (wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 100/12). W niniejszej sprawie Zamawiający podjął taką decyzję i wyznaczył sobie termin jej podjęcia.

W wyroku KIO z dnia 19 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2796/13, wyrażono pogląd, iż „w sytuacji, kiedy wykonawca wystąpi z wnioskiem do zamawiającego o udostępnienie mu w całości oferty danego wykonawcy, a zamawiający poinformuje go w odpowiedzi o podejmowanych czynnościach dotyczących badania treści oferty wraz z informacją, że po podjęciu decyzji w tym zakresie zostanie ona zakomunikowana wykonawcy, termin na wniesienie odwołania biegnie dopiero od tego wskazanego terminu". W istocie nie dochodzi wówczas w ogóle do czynności zaniechania. W niniejszej sprawie Zamawiający w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie oferty nie wskazał, że bada zasadność zastrzeżenia, lecz podjął czynność w postaci częściowego udostępnienia oferty (w części jawnej) i jednocześnie odmówił udostępnienia części tajnej. Ponadto, po otrzymaniu od wykonawcy kolejnego wniosku, sygnalizującego już na ówczesny moment błędną decyzję, co do zaakceptowania poczynionego zastrzeżenia, Zamawiający nie poinformował Odwołującego – w piśmie z dnia 16 stycznia 2015 r. – ani o tym, że odrębnym pismem powiadomi go o swojej decyzji, ani o tym kiedy to nastąpi. Zasadnie argumentował więc Odwołujący, że takie działanie stworzyło ryzyko, iż ewentualne kolejne odwołanie, może zostać odrzucone, jako spóźnione. Odwołujący odwołał się przy tym do orzecznictwa Izby potwierdzającego realność tego ryzyka. Wykonawca nie powinien pozostawać w niepewności, co do terminów, w których może
skorzystać ze środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp. Odwołujący trafnie argumentował, że ryzyko to wynika również z faktu, iż przepisy ustawy Pzp nie regulują procedury weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a zamawiający nie musi informować wykonawców o jej zakończeniu. Wykonawca składający ofertę ma prawo podjąć decyzję o zastrzeżeniu dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności i celowości takiego zastrzeżenia. Obowiązek ten nie został wprost uregulowany w ustawie Pzp, jednak jego istnienie jest niepodważalne w świetle orzecznictwa Izby, co najmniej od czasu uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05). Skoro więc, w okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający po upływie stosunkowo długiego czasu od otwarcia ofert, posiadając wcześniej

wiedzę o żądaniu udostępnienia całości oferty, nie udostępnił jej, to należało przyjąć, że respektuje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jeżeli, Zamawiający do dnia 8 stycznia 2015 r. nie był w stanie zbadać skuteczności zastrzeżenia to winien poinformować Odwołującego, o tym, że oferty nie udostępni w tym terminie z tego powodu, że jeszcze bada skuteczność zastrzeżenia. W ocenie Izby, Odwołujący nie musiał domyślać się powodów nieudostępnienia oferty konkurencyjnego wykonawcy, w szczególności nie miał podstaw do wnioskowania, że z powodu okresu świątecznego decyzja o odmowie udostępnienia formularza cenowego nie zawiera w sobie uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższe jest o tyle istotne, że termin na wniesienie odwołania z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp ma charakter terminu zawitego, którego upływu powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia odwołania. Skutkiem uchybienia terminu jest zaś odrzucenie odwołania spóźnionego na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (por: wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 91/15). Zamawiający dopiero w

ostatnim dniu terminu na wniesienie odwołania zwrócił się do wykonawcy Wasko S.A. o złożenie stosownych wyjaśnień. Także ta okoliczność determinowała sytuację Odwołującego, co do wniesienia odwołania, jako jedynego środka dla zapewnienia ochrony swoich praw.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, jeżeli zamawiający po wniesieniu odwołania w wyniku dodatkowej weryfikacji zmieni swoje stanowisko to ustawa Pzp, daje mu określone możliwości proceduralne (tak wyrok KIO z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2370/12). W niniejszej sprawie, Zamawiający już w dniu 21 stycznia 2015 r., dysponował wyjaśnieniami pozwalającymi na ewentualną weryfikację swojego stanowiska lub podtrzymanie jego zasadności. Do chwili rozprawy Zamawiający nie skorzystał z tej możliwości, przy czym w ocenie Izby, zaistniały czas – mając na względzie także to, iż odwołanie dotyczyło jednego tylko dokumentu, którego szczegółowy wzór stworzył Zamawiający, jak również mając na uwadze charakter tego dokumentu – pozwalał Zamawiającemu na przedstawienie zarówno Odwołującemu, jak i Izbie, wyników tej dodatkowej weryfikacji. Zamawiający utrzymał jednak stan zaniechania.

W konsekwencji Izba uznała, że w okolicznościach niniejszej sprawy, odwołanie nie mogło zostać uznane za przedwczesne. Prawem wykonawcy jest zaskarżenie każdej czynności Zamawiającego. Skład orzekający uwzględnił przy tym argumenty Odwołującego odnoszące się do ryzyka uznania ewentualnego kolejnego odwołania za spóźnione, który popierając wniesione odwołanie wskazywał na orzecznictwo prezentujące stanowisko, iż wraz z odmową udostępnienia dokumentów rozpoczyna się bieg terminu wniesienia odwołania na zaniechanie zamawiającego. W świetle wszystkich okoliczności tej sprawy, w ocenie składu orzekającego, decyzję Odwołującego o wniesieniu odwołania w dniu 19 stycznia 2015 r., należało ocenić nie jako działanie przedwczesne, lecz jako fakt należytej staranności wykonawcy w ochronie swoich praw (podobnie wyrok z dnia 26 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO

100/12). Warto także podkreślić, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym złożone już przez wykonawcę Wasko S.A. wyjaśnienia, w pełni pozwalał na ocenę decyzji (zaniechania) Zamawiającego w postaci odmowy odtajnienia formularza cenowego. W niniejszej sprawie nie zaistniały podstawy do uznania, by informacje zawarte w formularzu cenowym mogły zostać uznane za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Oddalenie odwołania jedynie z powodu zarzutu przedwczesności (na co Odwołujący nie mógł mieć wpływu, gdyż podstawy tego zarzutu wynikały z czynności podjętych przez Zamawiającego i to już po odmowie udostępnienia dokumentów, którą to odmowę wykonawca miał prawo zaskarżyć), a w konsekwencji obarczanie wykonawcy kosztami i stawianie go przed koniecznością wnoszenia kolejnego odwołania (w przypadku podtrzymania wcześniejszego stanowiska odnośnie zastrzeżenia formularza cenowego), mogącego być przy tym działaniem obarczonym ryzykiem uznania za spóźnione – w sytuacji, gdy w okolicznościach tej sprawy objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa formularza cenowego należało uznać za pozbawione jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych – mogłoby dodatkowo jawić się, jako niesprawiedliwe i nie znajdujące oparcia w zasadzie koncentracji środków ochrony prawnej i ekonomiki postępowania.

Wszystkie powyższe okoliczności, w ocenie składu orzekającego Izby, uprawniały do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

W niniejszej sprawie potwierdziły się zarzuty postawione w petitum odwołania.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2). Mając na uwadze moment rozpoczęcia niniejszego postępowania należy przytoczyć art. 8 ust. 3 Pzp w brzmieniu obowiązującym przed zmianą dokonaną ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2014.1232) – z uwagi na art. 3 ustawy nowelizującej.
Zgodnie z poprzednim brzmieniem art. 8 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio. Zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp, podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Z kolei, w myśl art.

11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. 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.

Należy podkreślić, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od tej zasady powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby 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. Należy podkreślić, że w niniejszej sprawie cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert.

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 zastrzec tego rodzaju informacje, co jednak nie pozbawia tej czynności jakiejkolwiek 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 niniejszej sprawie charakter informacji zawartych w formularzu cenowym *a limine* przesądzał, w ocenie składu orzekającego Izby, o braku możliwości uznana ich za informacje podlegające ochronie wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie składu orzekającego Izby informacje podawane w formularzu cenowym nie stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 Pzp oraz przepisów ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji, informacji posiadających dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje jedynie o cenach jednostkowych, przedstawiające w sposób ogólny kalkulację ceny na szczegółowo opracowanym przez Zamawiającego formularzu. Dokument ten nie zawiera żadnych szczegółowych informacji na temat przyjętego przez wykonawcę sposobu budowania i kalkulacji ceny. Wykonawca w ogóle nie był zobowiązany do podania w poszczególnych pozycjach informacji, które mogłyby stanowić źródło wiedzy o kwestiach i okolicznościach kosztotwórczych, ani nie podawał szczegółowych informacji na temat przyjętej strategii budowania ceny, w tym nie przedstawiał informacji na temat kosztów pracy, wysokości zysku, lub innych elementów, które mogłyby obrazować przyjęty sposób kalkulacji, w tym okoliczności

mające wpływ na tę kalkulację. Obowiązkiem wykonawcy było jedynie przypisanie cen jednostkowych do poszczególnych pozycji w ramach szczegółowo opracowanego przez Zamawiającego formularza, w tym zgodnie z określoną przez Zamawiającego ilością poszczególnych robót. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 16 października 2014 r., sygn. akt KIO 1982/14, samo wskazanie cen jednostkowych nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Byłoby to możliwe, gdyby w załącznikach żądano wpisania szczegółowej kalkulacji ceny w stosunku do prac wyspecyfikowanych w poszczególnych pozycjach tabeli, w tym także w wysokości zysku i szczegółowego określenia wszelkich kosztów zawiązanych z daną pracą. Dopiero bowiem tego typu dane mogą zobrazować sposób kalkulacji ceny. W wyroku KIO z dnia 12 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1096/14, wyrażono pogląd, iż informacje zawarte w formularzu cenowym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

W niniejszej sprawie, wykonawcy mieli wiedzę, iż ceny jednostkowe, które podadzą w formularzu cenowym mają znaczenie jedynie informacyjne i pomocnicze. Zamawiający wskazał na to w odpowiedzi na pytanie nr 151 do treści SIWZ. Także na rozprawie Zamawiający stwierdził, że ceny jednostkowe nie miały większego znaczenia. Podniesiono, że

Zamawiający określił, że decydujące znaczenie ma cena wskazana w formularzu ofertowym i nawet nie będzie badał prawidłowości zsumowania pozycji z formularza cenowego. Zamawiający zastrzegł także, że wynagrodzenie za realizację zamówienia ma charakter ryczałtowy. W przypadku ryczałtowego wynagrodzenia wykonawcy niewątpliwie dysponują większą swobodą, co do przyjętego sposobu kalkulacji. Sama wysokość zadeklarowanych cen jednostkowych nie ujawnia konkurencji żadnych informacji na temat szczegółów tej kalkulacji. Mając na względzie ryczałtowy charakter wynagrodzenia, jak również rangę przypisaną przez Zamawiającego dokumentowi w postaci formularza cenowego, trudno uznać, by cenom jednostkowym formularza można było przypisać wartość gospodarczą uzasadniającą objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie sposób uznać, by ceny jednostkowe stanowiły w tym przypadku na tyle „wrażliwe" informacje, aby stanowić one mogły tajemnicę przedsiębiorstwa,
w tym by mogły mieć one wpływ na sytuację wykonawcy na rynku danej branży, zwłaszcza, że ceny te zostały przygotowane dla tego konkretnego postępowania. Jak wskazano wcześniej, 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 wypełnienie poszczególnych kolumn cenami jednostkowymi za z góry określoną ilość jednostek, co w całości przekładało się na cenę brutto oferty. Izba podzieliła argumentację Odwołującego, iż dokument ten nie zawierał informacji dostępnych wyłącznie dla danego wykonawcy, nie przedstawiał przy tym żadnego know-how wykonawcy, samo zaś przyporządkowanie cen elementów do wskazanych przez Zamawiającego nie jest w żaden sposób unikalne i nie posiada wartości gospodarczej. Wykonawca decydujący się na udział w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego musi respektować, iż jego generalną zasadą jest zasada jawności. Decydując się na ten udział wykonawca godzi się, iż pewne informacje będą dostępne dla innych podmiotów oraz ponosi ryzyko, które ewentualnie może wynikać dla niego z tego faktu. Przygotowanie cen jednostkowych dla warunków danego postępowania jest zjawiskiem naturalnym i samo w sobie nie uzasadnia objęcia informacji na temat cen jednostkowych ochroną wynikającą z tajemnicy przedsiębiorstwa.

Trafnie Odwołujący wskazał na regulację zawartą w art. 86 ust. 4 Pzp. Zgodnie z art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, nie można zastrzec, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny. Poszczególne ww. pozycje jednostkowe składają się na cenę w niniejszym postępowaniu. Cena w niniejszym postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Należy przy tym podkreślić, że przepis art. 86 ust. 4 Pzp posługuje się pojęciem „informacje dotyczące ceny", co jest pojęciem szerszym niż informacje jedynie o zaoferowanej cenie. Mając na względzie, że w dużej mierze to właśnie cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Nie sprzyja to bowiem transparentności postępowania, ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). W wyroku KIO z dnia 3 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 77/14, wyrażono pogląd, że przepis art. 86 ust. 4 Pzp stanowi, że podczas otwarcia ofert podaje się informacje dotyczące ceny. Nie dotyczy to jedynie ceny całkowitej, ale także np. cen jednostkowych, które nie mogą być przedmiotem skutecznego zastrzeżenia – jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyłączeniu jawności może podlegać kalkulacja ceny, szczegółowe elementy składowe, a nie sama cena – jako wynikająca z przeprowadzonej przez wykonawcę kalkulacji.

Ponadto, Izba oceniła treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Wasko S.A. W ocenie Izby, wyjaśnienia te należy uznać za ogólnikowe i nie uzasadniające zakwalifikowania informacji zawartych w formularzu cenowym do informacji, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Należy wskazać, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Brak wyjaśnień wykonawcy lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.

Konkludując, w niniejszej sprawie nie zaistniały podstawy do uznania, że informacje zawarte w formularzu cenowym złożonym wraz z ofertą wykonawcy Wasko S.A. stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie miał podstaw do uznania zasadności poczynionego w tym zakresie zastrzeżenia. W konsekwencji za potwierdzone należało uznać

zarzuty odwołania, a w związku z tym, iż stwierdzone naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp), Izba uwzględniła odwołanie nakazując Zamawiającemu odtajnienie formularza cenowego złożonego wraz z ofertą wykonawcy Wasko S.A.

Mając wszystko powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……