Sygn. akt KIO 907/15

WYROK

z dnia 15 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 maja 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 2 maja 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
przez wykonawcę: **Zakład Usług Gastronomicznych W. L., Bydgoszcz**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie *usług całodobowego* żywienia *pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia Bloku* Żywieniowego *po uzupełnieniu wyposażenia oraz prowadzenia działalności gastronomiczno-handlowej w oparciu o wynajęte pomieszczenia Cafe Bar patio w Centrum Onkologii w Bydgoszczy*
(nr postępowania 757/P/2014)
prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Onkologii w Bydgoszczy im. prof. Franciszka Łukaszczyka**
przy udziale wykonawców:
A. Food Investment S.A. z siedzibą w Gdańsku
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe MARTINA CATERING sp. z o.o. z siedzibą w Żninie, **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo Usługowe Eksport-Import „Martina" W. M.,** Żnin
C. Impel Catering „Company" sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu
– zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Centrum Onkologii im. Łukaszczyka wyboru w Bydgoszczy prof. Franciszka unieważnienie

---

najkorzystniejszej oferty, a także odtajnienie w całości wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego MARTINA CATERING sp. z o.o. z siedzibą w Żninie, **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo Usługowego Eksport-Import „Martina" W. M. ze** Żnina **z 13 kwietnia 2015 r. oraz wyjaśnień wykonawcy Impel Catering „Company" sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu z 15 kwietnia 2015 r.**

2. Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **– Centrum Onkologii w Bydgoszczy im. prof. Franciszka Łukaszczyka** i:
3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Zakład Usług Gastronomicznych W. L. z Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania,
3.2. zasądza od **zamawiającego – Centrum Onkologii w Bydgoszczy im. prof. Franciszka Łukaszczyka** na rzecz **odwołującego – Zakładu Usług Gastronomicznych W. L. z Bydgoszczy** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 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 **Bydgoszczy.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 907/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Onkologii w Bydgoszczy im. prof. Franciszka Łukaszczyka prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwanej również „ustawą pzp", „pzp" lub „PZP"}, postępowanie o udzielenie zamówienia na pn. Świadczenie *usług całodobowego* żywienia *pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia Bloku* Żywieniowego *po uzupełnieniu wyposażenia oraz prowadzenia działalności gastronomiczno-handlowej w oparciu o wynajęte pomieszczenia Cafe Bar patio w Centrum Onkologii w Bydgoszczy* (nr postępowania 757/P/2014).

Ogłoszenie tym o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S_249-442155 z 27 grudnia 2014 r., z tym że 29 grudnia 2014 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {www.co.bydgoszcz.pl}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez zamawiającego na kwotę 9.324.758,88 zł, co stanowi równowartość 2.207.095,76 euro.

22 kwietnia 2015 r. Zamawiający przekazał faksem Odwołującemu – Zakładowi Usług Gastronomicznych W. L. z Bydgoszczy {dalej również: W. L.} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania.

2 maja 2015 r. Odwołujący wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą kwalifikowanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez dwóch wykonawców, a także od zaniechania odrzucenia oferty trzeciego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej również: „uznk"} – z uwagi na bezzasadne nieujawnienie wyjaśnień Konsorcjum: Martina i Martina Catering (lider: P.U.H. Martina Catering sp. z o.o.) {dalej również: „Konsorcjum Martina"} oraz Impel Catering „Company" sp. z o.o. sp. k. {dalej również: „Impel Catering"} we wskazanym zakresie, w sytuacji gdy Wykonawcy nie wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk.
2. Art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 – z uwagi na dokonanie wyboru oferty w warunkach

Sygn. akt KIO 907/15

niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności z uwagi na nieujawnienie w odniesieniu do ofert Konsorcjum Martina oraz Impel Catering wyjaśnień istotnych z punktu widzenia weryfikacji, czy oferta złożona przez tych Wykonawców nie zawiera rażąco niskiej ceny.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. art. 90 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Food Investment S.A. {dalej również: „Food Investment"}, w sytuacji gdy Wykonawca ten nie złożył wystarczających wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie 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), co należało zakwalifikować jako potwierdzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, skutkującej odrzuceniem ww. oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum Martina w zastrzeżonej części, a w szczególności dokumentów załączonych do kosztorysu.
3. Odtajnienia wyjaśnień Impel Catering w całości.
4. Odrzucenia oferty Food Investment S.A.
5. Dokonania ponownej oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasady jawności postępowania oraz uczciwej konkurencji przez odmowę udostępnienia znacznej części wyjaśnień i dokumentacji Konsorcjum Martina oraz całości wyjaśnień Impel Catering.

Odwołujący wskazał, że w art. 8 ustawy pzp została wyrażona zasada jawności postępowania, której ograniczeniem jest – wyrażony w art. 8 ust. 3 pzp – zakaz ujawniania 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.

W świetle art. 8 ust. 3 pzp wykonawca ma wykazać, że zastrzegana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, nie wystarczy ogólnikowe powołanie się na definicję z art. 11 ust. 4 uznk. Na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania spełnienia wszystkich przesłanek wymienionych w tym przepisie.

W świetle art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania Ich poufności.

Podmiotem uprawnionym do ustanowienia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyłącznie przedsiębiorca i to on określa jej zakres. Innymi słowy, przedsiębiorca ustala „sferę prywatności" swojego przedsiębiorstwa, wolną od niekontrolowanej ingerencji z zewnątrz osób nieupoważnionych. Uprawnienia tego nie należy utożsamiać z przyzwoleniem na całkowicie dowolne określanie rodzaju danych i informacji podlegających ochronie.

Po pierwsze – informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa ma być nieujawniona. Zdaniem Sądu Najwyższego oznacza to, że informacja jest nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja podpada pod pojęcie tajemnicy, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców i konkurentów, i wola ta musi być rozpoznawalna dla innych osób. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nieujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc gdy wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec może poznać, jaką metodę produkcji zastosowano.

Po drugie – przedmiotem tajemnicy nie może być każda informacja dotycząca przedsiębiorstwa, ale tylko taka, która posiada wartość gospodarczą. W doktrynie przyjmuje się, że o fakcie istnienia owej wartości gospodarczej informacji muszą decydować obiektywne czynniki – ocena nie może wynikać z subiektywnego przekonania przedsiębiorcy.

Po trzecie – przedsiębiorca musi podjąć w stosunku do określonych informacji, mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, niezbędne działania w celu zapobieżenia ich ujawnieniu. Musi zatem doprowadzić do tego, aby osoba postronna (a zainteresowana) nie mogła dotrzeć do tych wiadomości bez podjęcia w tym kierunku szczególnych starań. Inaczej rzecz ujmując, działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków

stwarzających duże prawdopodobieństwo, że Informacja pozostanie nieujawniona.

Tajemnicę przedsiębiorstwa można chronić na dwa sposoby: przez fizyczną ochronę i środki prawne. Z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa będziemy mieli do czynienia tylko wtedy, gdy przedsiębiorca podjął określone działania faktyczne w celu ochrony swoich tajemnic. Wprawdzie zabezpieczenie Informacji następuje również wtedy, gdy informacja jest chroniona prawnie, np. przez zawarcie umowy o poufność, jednak zawsze potrzebne jest choćby najmniejsze zabezpieczenie techniczne. Same umowy o poufności lub klauzule do umów o pracę czy umów cywilnoprawnych nie wystarczą, jeżeli dostęp do dokumentów ma nieograniczony krąg osób. Gdy przedsiębiorca nie chroni swojej informacji, traci ona poufny charakter i przestaje być tajemnicą. Jeżeli przedsiębiorca nie podejmuje żadnych działań w celu ochrony swoich Informacji, to znaczy, że godzi się na ich powszechną dostępność, co oznacza przejście informacji do domeny publicznej i utratę statusu tajemnicy.

Konieczne jest zatem określenie rodzaju informacji oraz wykazanie, że posiada ona dla wykonawcy wartość gospodarczą.

Co istotne zdaniem Odwołującego – w ramach wykazania, o którym mowa w art. 8 ust. 3 pzp, konieczne jest także wykazanie, że wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie poufności takiej informacji także poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli na przykład wykonawca dokona zastrzeżenia Informacji o przyjętych procedurach zarządzania swoim zakładem, winien wykazać, że tego rodzaju informacje w ogóle nie są udostępniane podmiotom zewnętrznym bez zobowiązania do zachowania ich w poufności, zaś działania mające na celu zachowanie poufności tej informacji zostały przedsięwzięte także wobec pracowników wykonawcy mających dostęp do tej informacji.

Odwołujący zrelacjonował, że Konsorcjum Martina zastrzegło szczegółową kalkulację złożoną w postępowaniu wraz z dowodami oraz ofertę na serwis urządzeń otrzymaną od kontrahenta jako tajemnicę przedsiębiorstwa i wniosło o uznanie jej jako dokumentu niejawnego oraz nieudostępnianie innym wykonawcom, wraz z dowodami złożonymi na potwierdzenie sposobu i podstawy dla wysokości przychodu z działalności gastronomiczno-handlowej prowadzonej w restauracji Fantazja i Cafe Bar Patio. Konsorcjum wskazało, że zastrzeżona informacja nie została podana do publicznej wiadomości, przekazano ją Zamawiającemu w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z jego treścią, opracowana została przez osobę, która zobowiązana była do zachowania poufności.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Martina dotyczą jedynie kalkulacji oferty (co wynika z treści pisma), brak jest natomiast uzasadnienia dla załączonych doń dokumentów. W szczególności Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, aby w firmie stosowane były procedury, w oparciu o które dokumenty załączone do kalkulacji

miałyby stanowić dane z ograniczonym dostępem, chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa.

zarzucił, Impel w nie Ponadto Odwołujący że Catering żaden sposób uprawdopodobnił, aby zastrzeżone przezeń informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący dodał, że dokonanie weryfikacji zasadności zastrzeżenia poufności oferty przez wykonawcę stanowi konieczny element badania i oceny ofert, wobec czego na chwilę wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający musi już dysponować wyjaśnieniami wykonawcy i mleć własne stanowisko co do tego, czy zastrzeżone dane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa {wyrok Izby z 17 maja 2013 r., sygn. akt KIO 938/13, Lexis.pl nr 7205601}.

W świetle powyższych okoliczności Odwołujący uważa, że zastrzeżenia dokonane przez obu Wykonawców nie posiadały podstaw prawnych ani merytorycznych, a zostały dokonane wyłącznie w celu utrudnienia konkurowania w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności zweryfikowania przez pozostałych oferentów, czy oferty złożone w postępowaniu nie zawierają rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego odmowa udostępnienia dokumentów i wyjaśnień w powyższym zakresie narusza zasadę jawności postępowania, co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz do ograniczenia prawa Odwołującego do kontroli postępowania w drodze stosowania środków ochrony prawnej.

W ocenie odwołującego Wykonawcy mogli zastrzec dane mające dla nich znaczenie gospodarcze, jednak winno to nastąpić w odpowiednim zakresie, nie zaś – jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie – przez zastrzeżenie praktycznie całej dokumentacji oraz wszystkich dowodów, które miały być podstawą wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Odwołujący podał, że Food Investment w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień przedstawił jedynie ogólnikową informację o sposobie oszacowania przyjętym w składanej ofercie. Nie przedłożył przy tym dowodów potwierdzających rzetelność załączonej kalkulacji.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że przedłożona kalkulacja zawiera rażące błędy, wpływające na określenie ceny. Wykonawca wskazał bowiem, że zakłada zatrudnienie 4 pracowników, co możliwe jest przy przyjęciu 8-godzinnego czasu pracy, natomiast przy 12-godzinnym czasie pracy, liczba ta winna być dwukrotnie wyższa.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający odrzuca ofertę co do której nabrał podejrzeń, że jej cena jest rażąco niska, w dwóch sytuacjach – jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień w

wyznaczonym terminie albo jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niezłożenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 3 pzp lub złożenie niewystarczających wyjaśnień oznacza bowiem, że potwierdziły się podejrzenia zamawiającego co do rażąco niskiego charakteru ceny w ofercie. W takiej sytuacji należy uznać, że cena taka powoduje konieczność działania zgodnie z ark 89 ust 1 pkt 4 pzp.

15 maja 2015 r. na posiedzeniu Zamawiający przedstawił odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności w następujący sposób odnosząc się do poszczególnych zarzutów.

Odnośnie zarzucanego naruszenia art. 8 ust. 3 pzp Zamawiający podniósł, że nie miał prawa odtajnić dokumentów wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jeżeli Wykonawcy w sposób jednoznaczny w tych wyjaśnieniach wskazali i wykazali, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Zamawiającego postąpił zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby w sprawie o sygn. akt KIO 165/15 {którego obszerny fragment uzasadnienia został zacytowany bez żadnego dodatkowego komentarza}.

Według Zamawiającego zarzucanie mu złamania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 w kontekście art. 8 ust. 1 pzp) w okolicznościach tego postępowania jest nieuzasadnione, gdyż traktował wszystkich wykonawców w sposób jednakowy, bezstronny z poszanowaniem przepisów ustawy pzp.

Zamawiający stwierdził, że nie odnosi się do zarzutów względem oferty Food Investment, ponieważ są niezgodne ze stanem faktycznym. Zamawiający podniósł, że ponieważ Wykonawca ten w swojej kalkulacji ma koszty pracownicze na poziomie Odwołującego, również oferta Odwołującego podlegałaby odrzuceniu, gdyż koszty pracownicze są głównym kosztem danej usługi. Tym samym w ocenie Zamawiającego Odwołujący wnosi o odrzucenie swojej oferty do czego nie ma interesu prawnego.

Zamawiający oświadczył również, że nie odnosi się do *zarzutów określonych naruszeniem przepisu art. 90 ust. 1 ustawy,* ponieważ są one sprzeczne ze stanem faktycznym – Zamawiający zgodnie z wyrokiem Izby w sprawie o sygn. akt KIO 500/15

wykonał wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający podniósł również, że pomimo braku zarzutu odrzucenia oferty najkorzystniejszej jako rażąco niskiej, nie miał podstaw faktycznych i prawnych do jej odrzucenia.

Zamawiający podał, że oszacował wartość zamówienia na kwotę 9.324.758,88 zł, ale

na realizację zamówienia przeznaczył 8.500.000,00 zł i tym samym żadna ze złożonych ofert nie jest niższa o 30% względem kwoty przeznaczonej, a średnia wszystkich złożonych ofert stanowi 7,69% względem kwoty przeznaczonej (tj. kwoty 8.500.000 zł).

Ceny wskazywanych przez Odwołującego ofert nie wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów.

Jednocześnie kalkulacje złożone *skutkiem wykonanej instytucji wyjaśniającej rażąco niską cenę,* jednoznacznie wskazują na realność cen tych wykonawców w zakresie poprawnego wykonania zadania zamówienia publicznego.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie przedstawił dowodów, że oferty 3 Wykonawców będących przed nim w rankingu złożonych ofert zawierają rażącą niska cenę , a nawet nie wskazał tego elementu w treści merytorycznej odwołania.

Zamawiający podsumował, że wykonana czynności zgodnie z przepisami ustawy pzp i orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, np. w sprawie o sygn. akt KIO 165/15.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 4 marca 2015 r. kopii odwołania – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do 6 maja 2015 r. wpłynęły zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez:
– wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Martina Catering sp. z o.o. z siedzibą w Żninie, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Eksport-Import „Martina" W. M. ze Żnina;
– Impel Catering „Company" sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu;
– Food Investment S.A. z siedzibą w Gdańsku.

Wobec dokonania tych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu od przekazania kopii odwołania oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tych przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba oddaliła jako oczywiście niezasadny wniosek Zamawiającego o odrzucenie

odwołania ze względu na brak interesu Odwołującego w uzyskaniu tego zamówienia, gdyż kwestia, o której mowa w art. 179 ust. 1 pzp, nie podpada pod żadną z przesłanek odrzucenia odwołania enumeratywnie wyliczonych w art. 189 ust. 2 pkt 1 - 7 pzp, w tym pod wskazaną na posiedzeniu przez Odwołującego przesłankę braku zastosowania w sprawie przepisów ustawy pzp (art. 189 ust. 2 pkt 1 pzp).

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępujących)

postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniach przystąpień, a także wyrażone ustnie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że bezzasadne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości lub części wyjaśnień przez Impel Catering i Konsorcjum Marina pozbawiło go możliwości weryfikacji, czy oferty złożone przez tych Wykonawców nie zawierają rażąco niskiej ceny i powinny być odrzucone. W połączeniu z zaniechaniem odrzucenia oferty Food Investment obecne rozstrzygnięcie postępowania z naruszeniem przepisów prawa prowadzi do powstania szkody po stronie Odwołującego gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Według Zamawiającego Odwołujący nie ma interesu prawnego w pozyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż nie wniósł o odrzucenie zarówno uznanej za najkorzystniejszą oferty Konsorcjum Martina, jak i drugiej w rankingu oferty Impel Caterning, a jedynie o odrzucenie trzeciej w rankingu oferty Food Investment, co nie zmieni wyniku postępowania.

Zbliżone stanowisko zajął Przystępujący Konsorcjum Martina, którego zdaniem Odwołujący wykazał jedynie interes w odtajnieniu wyjaśnień, a nie w uzyskaniu zamówienia. Z kolei podnoszona szkoda z powodu nieuzyskania zamówienia nie pozostaje w związku przyczynowym z zarzutami zawartymi w odwołaniu.

Skład orzekający Izby nie podziela powyższego stanowiska. Po pierwsze – oczywiste

jest, że Odwołujący, który ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, ma interes w jego uzyskaniu.

Po drugie – takie stanowisko sprowadza się do założenia, że w sytuacji oparcia przez Zamawiającego szeroko rozumianego rezultatu postępowania na utajnionych przez Konsorcjum Martina i Impel Catering informacjach zawartych w złożonych przez tych wykonawców wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny, Odwołujący powinien w ciemno skarżyć zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia tych ofert jako zawierających rażąco niską cenę. Tymczasem Odwołujący miał prawo ograniczyć się na tym etapie do skarżenia zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia wyjaśnień, gdyż jeżeli czynność ta była nieprawidłowa, Odwołujący bezpodstawnie został pozbawiony możliwości ustalenia, czy Zamawiający prawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia. W konsekwencji nie można na tym etapie stwierdzić, że Odwołujący w związku z objętymi zarzutami odwołania zaniechaniami Zamawiającego nie może ponieść szkody.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż potwierdziły się niektóre zarzuty.

I. zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofercie Food Investment.

Zarzut zawarty w odwołaniu Izba uznała za niezasadny.

Według art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzut, o którym mowa w tym przepisie, nie sprowadza się do wskazania przepisu lub przepisów ustawy pzp, których naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, gdyż kształtują go przede wszystkim okoliczności faktyczne i (w mniejszym stopniu) prawne przywołane dla uzasadnienia, że dane działanie lub zaniechanie zamawiającego jest niezgodne z przepisami pzp. Izba jest zatem uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności) z przepisami ustawy pzp, jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności. Innymi słowy, okoliczności zawarte w odwołaniu mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby, gdyż konstytuują podlegający rozpoznaniu zarzut, który nie może być

zmieniony lub rozszerzony przez przywołanie nowych okoliczności na późniejszym etapie postępowania odwoławczego. O ile na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może bowiem dowody przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich

nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp.

Powyższe stanowisko można uznać za ugruntowane w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych. W szczególności w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała: *Zarzut protestu lub odwołania stanowi zatem wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.* Natomiast w uzasadnieniu wyroku z 25 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1653/13) Izba stwierdziła: *O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu* żądania *odwołania.* Z kolei Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) wywiódł, że: *Izba nie może zatem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy (v: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 7 października 2011 r. w sprawie KIO 2054/11).*

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, 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.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza,

że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający nie podziela stanowiska, że złożenie wyjaśnień niewystarczających merytorycznie może być poczytywane za niezłożenie wyjaśnień, o którym mowa w art. 90 ust. 3 pzp, co należy ograniczać do sytuacji braku udzielenia jakiejkolwiek odpowiedzi na wezwanie, względnie odpowiedzi polegającej wyłącznie na kwestionowaniu wezwania.

W ocenie składu orzekającego zawarty w odwołaniu zarzut, choć wymienia wszystkie możliwe przepisy ustawy pzp dotyczące zagadnienia rażąco niskiej ceny, w przeważającej

mierze ma ogólnikowy charakter, gdyż sprowadza się przede wszystkim do twierdzenia, że Food Investment nie złożył wystarczających wyjaśnień i dowodów, co należało zakwalifikować jako potwierdzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Poza tym konkretyzuje tylko jedną okoliczność, która miałaby wskazywać na wadliwość przestawionej w ramach wyjaśnień kalkulacji.

Takie stanowisko zdaje się zasadzać na art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp, według którego ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, czyli w tym przypadku na Przystępującym Food Investment. Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja dotycząca rozkładu ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego nie zwalniała Odwołującego od przedstawienia w odwołaniu, które zainicjowało to okoliczności zarzutów postępowanie, uzasadniających podniesienie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Należy rozróżnić bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzi skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Zgodnie z art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Art. 190 w kolejnym ust. 1a pzp wprowadza w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty szczególny rozkład ciężaru dowodu, co nie zmienia reguły, że wpierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Przy czym nie może się to sprowadzać do ogólnikowego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie są podstawą do wyprowadzenia takiego wniosku.

Z uwagi na powyższe Przystępujący nie miał obowiązku wykazywania, że złożona przez niego oferta nie zawierają rażąco niskiej ceny w zakresie wykraczającym poza zawarte w odwołaniu okoliczności faktyczne. Izba zważyła, że Przystępujący Invest Food powołał się na rozprawie na swoje wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie skierowane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 pzp, a zatem je podtrzymał.

Odwołujący w odwołaniu zakwestionował te wyjaśnienia wyłącznie pod takim względem, że zawarta w nich kalkulacja zakłada zatrudnienie 4 pracowników, co jest możliwe przy przyjęciu 8-godzinnego czasu pracy, natomiast przy 12-godzinnym czasie pracy wina być dwukrotnie wyższa.

Izba ustaliła, że powyższa okoliczność odnosi się wyłącznie do liczby wskazanych w kalkulacji Food Investment kelnerów, gdyż nie uwzględnia pozostałych stanowisk (kucharz – 3 etaty, dietetyk/kierownik – 0,5 etatu, pomoc kuchenna – 3,5 etatu, pozostałe – 0,25 etatu), przy czym dla wszystkich tych stanowisk przewidziano zatrudnienie na podstawie umowy o pracę, które w przeliczeniu na pełny etat kształtuje się od 1800 (kelner, pomoc kuchenna i pozostałe), przez 2000 (dietetyk/kierownik) do 2200 zł (brutto). Łączny miesięczny koszt zatrudnienia tych osób (z uwzględnieniem kosztów pracodawcy) wyliczono na 25.266,91 zł.

Izba zważyła, że ponieważ Zamawiający w s.i.w.z. nie określił wymaganej dla wykonania zamówienia liczby kelnerów, twierdzenie zawarte w odwołaniu należy uznać jedynie za przejaw koncepcji Odwołującego co do sposobu wykonania zamówienia. Odwołujący nie wykazał w ten sposób, że wyjaśnienia były niewystarczające, gdyż nawet nie odniósł się do całości kalkulacji, a jedynie zakwestionował wyrwany z kontekstu jej fragment. Tym samym Odwołujący nie przedstawił okoliczności, które wskazywałyby na to, że Zamawiający błędnie ocenił zawartą w wyjaśnieniach Food Investment kalkulację jako wystarczającą dla wykazania, że oferta złożona przez Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. W szczególności Odwołujący nie sprecyzował, jakie inne elementy kalkulacji są jego zdaniem nierzetelne i wymagają dodatkowych dowodów.

II. zarzut dotyczący nieudostępnienia wyjaśnień Konsorcjum Martina i Impel Catering

Zarzuty naruszenia przepisów wymienionych w pkt 1 i 2 listy zarzutów Izba uznała

za zasadne.

Zgodnie z art. 8 ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne {ust. 1}. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie {ust. 2}. Nie ujawnia się

informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu {ust. 3}.

Art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W odwołaniu adekwatnie opisano istotne okoliczności faktyczne co do sposobu zastrzeżenia i wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa przez Impel Catering i Konsorcjum Marina przy składaniu Zamawiającemu wyjaśnień odnośnie cen złożonych ofert.

Uzupełniająco Izba ustaliła, że Impel Catering następująco uzasadnił utajnienie wyjaśnień w całości: *Utajnienie powyższych danych jest zasadne, jako* że *obejmują one indywidualny program kształtowania struktury zatrudnienia, stworzony przez konsorcjum wyłącznie na potrzeby niniejszego przetargu i uwzględniający specyficzne cechy Zamawiającego.*

Natomiast Konsorcjum Marina w szczególności wskazał, co następuje:

(…) *Szczegółowa kalkulacja ceny ofertowej przedstawiona przez Wykonawcę na potrzeby nin. Postępowania przetargowego stanowi jego istotną informację posiadającą wartość gospodarczą, która to informacja nie została ujawniona do publicznej wiadomości oraz względem której Wykonawca stara się utrzymać ich poufność* {Wykonawca dalej w tym aspekcie wskazał na: przekazanie zastrzeżonej części wyjaśnień w odpowiednio zabezpieczonej kopercie; zajmowanie się kalkulacją ceny przez jedną osobę, która wraz z liderem Konsorcjum Marina są jedynymi osobami mającym wiedzę w zakresie sposobu kalkulacji oraz wyniku tej kalkulacji; złożone przez osobę sporządzającą kalkulację *oświadczenie o poufności w tym zakresie}.*

W szczególności istotne znaczenie gospodarcze dla Wykonawcy ma metodologia kalkulacji ceny ofertowej oraz informacja na temat struktury kosztów prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, rynkowej współpracy i organizacji realizacji usługi (modelu świadczenia *usługi) oraz możliwości rynkowych.* (…) *posiadają dla Wykonawcy konkretną wartość gospodarczą, polegającą na ochronie jego konkurencyjności, chociażby w kontekście przewidywalności jego działań i strategii rynkowych. Wskazać należy,*

iż postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące żywienia *zbiorowego charakteryzują się pewną powtarzalnością w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i przy znajomości danych zawartych w szczegółowej kalkulacji oraz pozycji wymaganych i opisanych w siwz – konkurencja mogłaby przewidzieć jaką cenę ofertową złoży Wykonawca, co wpłynęłoby w sposób znaczący na jego sytuację na rynku, prowadząc nawet do eliminacji Wykonawcy z postępowań przetargowych.*

Izba zważyła, że *de lege lata* art. 8 ust. 3 pzp nakłada na wykonawcę, który chce skorzystać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek

wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie składu orzekającego aktualne brzmienie art. 8 ust. 3 pzp nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w tym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który ma obowiązek zarówno wskazać zakres informacji niepodlegających udostępnieniu, jak i wykazać, że informacje te mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Porównanie z poprzednim brzmieniem art. 8 ust. 3 pzp jednoznacznie wskazuje, że wykonawca ma to uczynić jednocześnie, bez odrębnego wezwania ze strony zamawiającego, przy składaniu w postępowaniu dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei Zamawiający ocenia skuteczność poczynionego zastrzeżenia na podstawie uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę, bez prowadzenia w tym zakresie dodatkowego postępowania wyjaśniającego, jak to często miało miejsce w poprzednim stanie prawnym. Jednocześnie choć przepis literalnie odnosi się do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartych w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy uznać, że w razie pojawienia się takich informacji w związku z dalszymi czynnościami, nie podlegają ujawnieniu na analogicznej zasadzie, tzn. wraz z ich złożeniem wykonawca musi wykazać, że mają one walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

W konsekwencji poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji niepodlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w takiej sytuacji ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym tych informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, rozpatrywanego w oderwaniu od art. 8 ust. 3 pzp. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza bowiem co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Niedochowanie

aktu staranności wymaganego na mocy art. 8 ust. 3 pzp oznacza, że *de facto* wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk.

Powyższe stanowisko znajduje oparcie we wcześniejszym orzecznictwie Izby {por. uzasadnienia wyroków z: 26 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 306/15), 2 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 279/15) i również z 2 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 291/15)}.

W ocenie Izby oczywiste jest, że Impel Catering poprzestał jedynie na oświadczeniu, że wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż enigmatyczne i lakoniczne uzasadnienie nie stanowi wykazania żadnej z trzech przesłanek, które wynikają z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przekonaniu składu orzekającego również Konsorcjum Marina nie uczyniło zadość wymaganiom art. 8 ust. 3 pzp, gdyż zamieszczone na wstępie wyjaśnień ogólnikowy i abstrakcyjny wywód dotyczący poszczególnych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rzeczywistości nie wykazuje, że faktycznie zostały one spełnione dla informacji zawartych w utajnionej części wyjaśnień.

Odwołujący trafnie zauważył, że wywód ten w ogóle nie odnosi się do załączonego do wyjaśnień dokumentu na potwierdzenie kosztów serwisu urządzeń i sprzętu gastronomicznego znajdującego się na wyposażeniu szpitalnego bloku żywienia. Podjętą dopiero na rozprawie próbę uzasadnienia utajnienia tego dokumentu należy uznać za działanie spóźnione, a jednocześnie potwierdzające ewidentny brak uczynienia zadość wymaganiom art. 8 ust. 3 pzp. Izba stwierdziła ponadto, że z dokumentu tego w żaden sposób nie wynika, aby zawarte w nim informacje uważał za tajemnicę udzielający odpowiedzi na zapytanie Konsorcjum Martina.

Uzasadnienie z racji swojej ogólnikowości nie wyjaśnia, dlaczego tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią dokumenty załączone na potwierdzenie wysokości oszacowania przychodu z komercyjnej działalności prowadzonej w punktach gastronomicznych, które będzie prowadził wykonawca zamówienia. Z kolei z treści tych dokumentów wynika, że oszacowanie to polegało na 7-dniowym zliczaniu liczby posiłków wydawanych w tych miejscach przez dotychczasowego wykonawcę, co mógł uczynić każdy.

Wreszcie sama kalkulacja opiera się na elementach wynikających wprost z oferty (koszt wsadu do kotła) bądź standardowych kosztach związanych z prowadzeniem każdej działalności tego typu, takich jak koszty wynagrodzeń, mediów, podatki itp. Tego typu kalkulacje mają standardowy charakter z uwagi na powtarzalność usług objętych postępowaniem. Z kolei sam fakt sporządzenia tej konkretnej kalkulacji na potrzeby tego konkretnego postępowania nie oznacza, że informacje w niej zawarte obiektywnie mają

walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Reasumując, Izba stwierdziła, że Konsorcjum Marina składając wyjaśnienia nie wykazało skutecznie, że kalkulacja i załączone dowody zawierają informacje, które stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba stwierdziła, że stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1-3 pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania, a zatem zgodnie z art. 192 ust. 2 pzp odwołanie podlega uwzględnieniu. Informacje zawarte w wyjaśnieniach mogą stanowić podstawę do weryfikacji prawidłowości dotychczasowych czynności Zamawiającego, które zostały oparte informacjach bezpodstawnie utajnionych. Jednocześnie odstajecie tych informacji nie jest możliwe bez uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, która stanowi finalną czynność postępowania o udzielenie zamówienia.

Zdaniem składu orzekającego bez znaczenia z punktu widzenia wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 192 ust. 2 pzp, jest taki wynik tego postępowania odwoławczego, że po powtórzonych czynnościach Odwołujący może nie mieć już faktycznie legitymacji do wniesienia odwołania na podstawie odtajnionych informacji, skoro w tej sprawie nie potwierdził się zarzut bezpodstawnego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Food Investment.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaliczając do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis, a także jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika – zgodnie 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. Nr 41, poz. 238). Ponadto obciążono kosztami tego postępowania Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego kwotę odpowiadającą wysokości uiszczonego wpisu oraz potwierdzone rachunkiem przedstawionym do zamknięcia rozprawy koszty wynagrodzenia pełnomocnika we wnioskowanej wysokości.

Przewodniczący: ……