Sygn. akt: KIO 730/14

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 kwietnia 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **14 kwietnia 2014 r.** wniesionego przez wykonawcę **SOLARIS Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu, ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle, 62-005 Owińska** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Włościańska 52, 01-710 Warszawa**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

---

2. Kosztami postępowania obcią a odwołującego **SOLARIS Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu, ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle, 62-005 Owińska** i nakazuje:
   zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **SOLARIS Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu, ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle, 62-005 Owińska,** tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984, poz. 1047 i poz. 1473) 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 730/14

Uzasadnienie

Zamawiający **Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Włościańska 52, 01-710 Warszawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa **10 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich elektrycznych«.**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **05.02.2014 r.** pod nrem **2014/S 025-040110.**

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984, poz. 1047 i poz. 1473) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bli szego określenia.

08 i 09.04.2014 r. zamawiający nie udostępnił całości oferty innego wykonawcy.

Wykonawca **SOLARIS Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu, ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle, 62-005 Owińska,** zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **24.05.2014 r.** do Prezesa KIO odwołanie na nieudostępnienie odwołującemu do wglądu części oferty wykonawcy BYD Europe B.V., Vareseweg 53, 3047 AT Rotterdam, Holandia (dalej: **„BYD"),** w zakresie, w którym (mimo zastrze enia jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę BYD) treść oferty wykonawcy BYD nie stanowiła

tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy BYD i powinna zostać udostępniona do wglądu dla odwołującego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:
1) art. 8 ust. 1 i 2 Pzp – przez naruszenie zasady jawności postępowania i nieuprawnione oraz niezgodne z ustawą ograniczenie odwołującemu dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia;
2) art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z 2004 r. Nr 96, poz. 959, Nr 162, poz. 1693, Nr 172, poz. 1804, z 2005 r. Nr 10, poz. 68, z 2007 r. Nr 171, poz. 1206, z 2009 r. Nr 201, poz. 1540, dalej **uznk)** – przez błędne uznanie informacji zawartych w ofercie wykonawcy **BYD** jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo e informacje te nie spełniają warunków koniecznych do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

3

Odwołujący wniósł o:
1) nakazanie zamawiającemu odtajnienia treści oferty wykonawcy BYD w zakresie niestanowiącym w myśl przepisów ustawy tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy BYD, w szczególności w zakresie całości pkt 3 formularza ofertowego wykonawcy BYD, tj. „wykaz wykonanych oraz wykonywanych dostaw (zgodnie z zał. nr 4 do specyfikacji) wraz z referencjami oraz dowodami dostaw i ich tłumaczeniami" (str. 9-30 oferty wykonawcy BYD;
2) nakazanie zamawiającemu udostępnienia odwołującemu oferty wykonawcy BYD w zakresie wskazanym w pkt 1;
3) orzeczenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego.

Argumentacja odwołującego
Zaniechanie czynności odtajnienia podstawowych danych zawartych w ofercie wykonawcy BYD, stanowiących warunek udziału w postępowaniu, uniemo liwia ich weryfikację przez odwołującego. Odwołujący posiada zatem niewątpliwy interes we wniesieniu odwołania, bo naruszenia wskazanych przepisów prawnych przez zamawiającego mo e spowodować utratę mo liwości skorzystania ze środków ochrony prawnej w dalszym etapie postępowania. Odwołujący zło ył wa ną ofertę w postępowaniu, a co za tym idzie posiada szansę na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Otwarcie ofert nastąpiło 25.03.2014 r. Obecny na otwarciu ofert upowa niony pracownik odwołującego zło ył wniosek o przesłanie kopii oferty wykonawcy BYD.
04.04.2014 r. zamawiający udostępnił odwołującemu do wglądu dokumentację przetargową w postaci ofert wykonawcy BYD. W wyniku analizy udostępnionej oferty odwołujący stwierdził, e nie zawierała one części utajnionej przez wykonawcę BYD. Wśród dokumentów utajnionych znalazł się m.in. „Wykaz wykonanych oraz wykonywanych dostaw (zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ) wraz z referencjami oraz dowodami dostawy i ich tłumaczeniami".
W związku z tym, odwołujący skierował do zamawiającego pismo z 08.04.2014 r., doprecyzowane pismem z 09.04.2014 r., w których to pismach odwołujący za ądał odtajnienia oferty wykonawcy BYD. Oba pisma zostały faksem doręczone zmawiającemu w 09.04.2014 r. Do dnia zło enia odwołania odwołujący nie otrzymał odpowiedzi od zamawiającego na ww. pisma.

W ocenie odwołującego zamawiający w sposób nieuprawniony zgodził się na objęcie tajemnicą wszystkich dokumentów, o których utajnienie wnioskował wykonawca BYD.

4

Utajnione przez wykonawcę BYD dokumenty zawierające m.in. informacje o wykazie wykonanych oraz wykonywanych dostaw oraz o posiadanych referencjach nie spełniają warunków uznania ich za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Informacje o wykazie wykonanych oraz wykonywanych dostaw wraz z referencjami oraz dowodami dostaw i ich tłumaczeniami wykonawcy BYD nie tylko nie posiadają cech tajemnicy przedsiębiorstwa, ale tak e stanowią podstawowe kryterium weryfikacji przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu oferty zło onej przez wykonawcę BYD. To na ich podstawie zamawiający dokonuje oceny, czy spełnione zostały warunki zawarte w SIWZ, a co za tym idzie ich utajnienie pozbawi odwołującego mo liwości jakiejkolwiek kontroli podejmowanych przez zamawiającego działań i *de facto* uniemo liwi odwołującemu korzystanie ze środków ochrony prawnej przewidzianych przez ustawę.

Jedną z elementarnych zasad obowiązujących w Prawie zamówień publicznych jest jawność postępowania. Zasada ta mo e doznać jedynie pewnych ograniczeń wynikających z przepisów ustaw. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 Pzp wykonawca mo e zastrzec, e nie mogą być udostępniane podane przez niego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 uznk *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się [1] nieujawnione do wiadomości publicznej [2] informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne [3] informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których [4] przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.*

Wykonawca dokonujący zastrze enia musi mieć wyraźne podstawy do takiego działania, przy zachowaniu wymogów ustawowych, takich jak nieujawnienie informacji do wiadomości publicznej o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub posiadających wartość gospodarczą, co do których podjął działania w celu zachowania ich poufności (por. wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 27 czerwca 2007 roku, sygn. akt UZP/ZO/O- 726/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 19 maja 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 409/08).

Jednocześnie nale y podkreślić, e zastrze enie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdy zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, e zmawiający nie mo e bezkrytycznie akceptować zastrze enia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz ądać od wykonawcy wykazania się zastrze eniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony. Wyrok KIO z 19 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1400/10; KIO/UZP 1401/10.

Wyrok KIO z 14 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 2817/10 „tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte wszystkie informacje, jakie zostaną za takie uznane

przez podmiot, który nimi dysponuje. Podmiot ten musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia na etapie badania i oceny ofert".

W kolejnym orzeczeniu KIO, sygn. akt KIO 2793/10 z 12 stycznia 2011 r., Izba stwierdziła, e „zastrze enie w ofercie pewnych informacji, jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie mo e mieć na celu jedynie uniemo liwienie zapoznania się z ofertą w czasie trwania postępowania. Zastrze enie w ofercie pewnych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie mo e zmierzać jedynie do uniemo liwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców".

Z legalnej definicji terminu „tajemnica przedsiębiorstwa" zawartej w art. 11 ust. 4 uznk wynika, e za taką tajemnicę mo e być uznana informacja która spełnia łącznie trzy warunki: [1] ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy (posiada wartość gospodarczą), [2] nie została ujawniona do wiadomości publicznej, [3] podjęto wobec niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie odwołującego informacja o wykonanych i wykonywanych dostawach oraz referencjach posiadanych przez wykonawcę BYD nie spełnia łącznie wskazanych wy ej trzech warunków, które pozwoliłyby uznać ją za tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy BYD. Są to podstawowe informacje, na których podstawie zamawiający mo e porównać zgodność oferowanych pojazdów z wymaganiami wskazanymi w SIWZ. Informacje te nie posiadają wartości gospodarczej, technicznej czy technologicznej, a ich ujawnienie nie mo e prowadzić do jakichkolwiek negatywnych skutków gospodarczych dla wykonawcy BYD.

Podobnie trudno uznać aby informacje te stanowiły tajemnicę, co do której wykonawca BYD podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Świadczyć mo e o tym przede wszystkim fakt, e wykonawca BYD udostępnia informacje o realizowanych i realizowanych dostawach w mediach publicznych, i informacje te mo na swobodnie

odnaleźć nawet w Internecie.

Wśród informacji udostępnianych publicznie znajdują się dane dotyczące zarówno klienta, dla którego była realizowana dostawa, ilości dostarczanych pojazdów jak i często nawet wartości takiej dostawy, jak i terminu realizacji dostawy.

Wśród informacji ujawnionych na stronach internetowych mo na znaleźć następujące przykłady:

Informacja odnośnie dostawy autobusów elektrycznych BVD do Kopenhagi: www.bvd-auto.net/companv/news-Php?action:=readnews&page=9&nid=137.

Informacja odnośnie niezrealizowanej dostawy autobusów elektrycznych BVD do Frankfurtu:
http://www.fnp.de/lokales/frankfurt/Elektrobus-Traeume-aeplatzt:art675,309014.

Informacja odnośnie dostawy autobusów elektrycznych BVD do California's Long Beach

Transit Authority:
http://electriccarsreport.com/2014/01/bvd-electhc-bus-complete-successful-pilot-nyc.

Informacja odnośnie dostawy autobusów elektrycznych wykonawcy BVD do Tel Avivu: http://www.automotivepr.com/news detail.php?Israel-is-introducina-the-first-full-size-pure-electric-buses-from-BYD-1184.

Wyraźnie zatem widać, e informacje zawarte w utajnionych przez wykonawcę BYD dokumentach dotyczących dostaw wykonanych, wykonywanych oraz referencjach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a co za tym idzie ich utajnienie jest niezgodne z art. 8 ust. 3 Pzp, a tak e z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jak wskazano w wyroku KIO z 2 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 2793/10, zastrze enie w ofercie pewnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie mo e mieć na celu jedynie uniemo liwienia zapoznania się z ofertą w czasie trwania postępowania. „Dana informacja jest albo nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa, niezale nie od prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego".

Takie korzystanie z instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa byłoby wbrew jej społeczno-gospodarczemu przeznaczeniu i niezgodne z przepisami ustawy o jawności postępowania i dopuszczalności jego kontroli, w szczególności przez składanie środków odwoławczych.

Informacje utajnione przez wykonawcę BYD w zło onej ofercie powinny zostać odtajnione przez zamawiającego, jako e nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy BYD w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym przez zaniechanie zamawiającego doszło do naruszenia ustawy, jako e odwołujący nie miał mo liwości zapoznania się z treścią konkurencyjnej oferty zło onej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zastrzeganie podstawowych informacji na temat oferowanego produktu wystawia na szwank instytucję tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie zasługuje na dopuszczenie jej skrajne subiektywne ujęcie przez wykonawcę BYD zgodnie z zasadą: tajemnicą przedsiębiorstwa jest to co za tajemnicę sam zastrzegający uznaje. Takie korzystanie z instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa byłoby wbrew jej społeczno-gospodarczemu przeznaczeniu i stanowiłoby obejście przepisów ustawy o jawności postępowania i dopuszczalności jego kontroli, w szczególności przez składanie środków odwoławczych.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **14.04.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **14.04.2014 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a tak e dowodów zło onych przez odwołującego:

1) (dowód nr 1) wydruki ze stron internetowych podpisane przez odwołującego

nie za zgodność z oryginałem, ale podpisane jako potwierdzenie dokonania wydruku ze strony internetowej, wydruki te odwołujący składa na okoliczność stwierdzenia jawności cen i treści ofert wykonawców na temat autobusów dostarczonych do Izraela przez wykonawcę BYD;

2) (dowód nr 2) opinię wraz z tłumaczeniem z kancelarii włoskiej Ughi e Nunziante z 22.04.2014 r. o ustawodawstwie włoskim, e informacje o cenach w przetargach publicznych są jawne i publikowane na stronach internetowych zamawiającego;

3) (dowód nr 3) wydruk z Internetu z Fryzji miasto Jierstikken, gdzie na stronie 360 w rubryce B204 pozycja „electriche bisen" są podane ceny autobusów wynoszące odpowiednio 794.880,00 euro i 993.020,00 euro z lat 2012 i 2013, na wykazanie, e zastrze one przez wykonawcę BYD informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa są ogólnie dostępne;

dowodu zło onego przez zamawiającego:

4) (dowód nr 4) wydruki komputerowe z Internetu z zaznaczeniem na ółto informacji o cenach jednak niedotyczące danych zło onych w ofercie na wykazanie, e wykonawca BYD odpowiednio zabezpieczył chronione przez siebie informacje o cenach wskazanych transakcji

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zwa yła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, e odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia mo liwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, e stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 – przez niezgodne z ustawą ograniczenie odwołującemu dostępu do informacji związanych z postępowaniem – oraz art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk – przez błędne uznanie informacji zawartych w ofercie wykonawcy **BYD** jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo e informacje te nie spełniają warunków koniecznych do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa – nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie do wglądu oferty wykonawcy BYD w zakresie wykazu cen poszczególnych dostaw i dowodów, e dostawy wskazane na spełnienia warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia zostały wykonane nale ycie.

Zamawiający zwrócił się do wykonawcy BYD o uzasadnienie zastrze enia tej części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa i w odpowiednim terminie uzyskał od tego wykonawcy odpowiedź wyjaśniającą powody zastrze enia części oferty dotyczącej cen dostaw pojazdów, które to dostawy były podane na wykazanie spełnienia warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia.

Wykonawca BYD wyjaśnił na czym polega wartość gospodarcza zastrze onych informacji. Wreszcie wykonawca BYD objaśnił w jaki sposób zabezpieczył te wra liwe informacje przed ich upublicznieniem – w samych umowach znalazła się klauzula nakazująca stronom zachowanie w tajemnicy cen na pojazdy. W związku z tym pismem wykonawcy BYD zamawiający nie udostępnił odwołującemu wszystkich ądanych przez odwołującego informacji.

Wykonawca BYD składając ofertę zastrzegł na piśmie, w treści ust. 9 oferty, e nie mogą być ujawnione m.in. strony 10-14, 16-18 oferty, gdzie zwłaszcza znajdowały się ceny umów na dostawy pojazdów, które to umowy były wykazywane jako spełnienie warunku odpowiedniego doświadczenia przez wykonawcę składającego ofertę. Ponadto to zastrze enie zostało podtrzymane w piśmie z 14.04.2014 r. skierowanym przez wykonawcę

BYD do zamawiającego jako wyjaśnienia i umotywowanie zastrze enia tajemnicy przedsiębiorstwa, która to tajemnica została zawarta na str. 6 ust. 9 oferty. W trakcie postępowania odwoławczego – 17.04.2014 r. – referencje na stronach 9, 15 i 19 oferty wykonawcy BYD zostały odtajnione, jednak pozostałe kwestionowane przez odwołującego strony oferty są nadal traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawca BYD zastrzegł te informacje, zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, który brzmi: »Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, je eli wykonawca, nie później ni w terminie składania

ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, e nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie mo e zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 [Pzp]. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio«. Ponadto przepis art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z 2004 r. Nr 96, poz. 959, Nr 162, poz. 1693, Nr 172, poz. 1804, z 2005 r. Nr 10, poz. 68, z 2007 r. Nr 171, poz. 1206, z 2009 r. Nr 201, poz. 1540) brzmi »Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się [1] nieujawnione do wiadomości publicznej [2] informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, [3] co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności«. Dla pełnego wykazania treści przepisu nale y przytoczyć równie brzmienie art. 86 ust. 4 Pzp, który stanowi, cyt. »Podczas otwarcia ofert podaje się [1] nazwy (firmy) oraz [2] adresy wykonawców, a tak e informacje dotyczące [3] ceny, [4] terminu wykonania zamówienia, [5] okresu gwarancji i [6] warunków płatności zawartych w ofertach«.

Zdaniem składu orzekającego Izby nale y podkreślić fakt, e wykonawca BYD nie zastrzegł ceny oferty, co byłoby niezgodne z art. 8 ust. 4 zdanie drugie Pzp w związku z art. 86 ust. 4 Pzp. Z treści przytoczonych przepisów wynika, e wykonawca nie mo e zastrzec, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, m.in. cen ofertowych, a te zostały odczytane podczas otwarcia ofert, co zostało równie stwierdzone przez odwołującego na rozprawie, cyt. z informacje – z samego odczytania przez protokołu »Odwołujący [...] uzyskał ju
zamawiającego podczas otwarcia ofert – dotyczące ceny oferty wykonawcy BYD«. Do takich informacji odnosi się te dowód nr 2 zło ony przez odwołującego opinia włoskiej kancelarii prawniczej, na której podstawie mo na wnioskować, e w ustawodawstwie włoskim tak e istnieją unormowania nakazujące w postępowaniach w sprawach zamówień publicznych na terenie Włoch nale y w odpowiednich terminach ogłaszać ceny ofertowe, a zwłaszcza ceny zawartych umów z podmiotami korzystającymi z ustawodawstwa zamówieniowopublicznego. Jednak odwołujący nie dowiódł, e zastrze one ceny w ofercie wykonawcy BYD zostały zaoferowane z postępowaniach zamówieniowopublicznych.

Ponadto odwołujący zarzucił, e cyt. z protokołu »Ceny nie mogą być informacjami e chronionymi w postępowaniach publicznych«. Jednak odwołujący nie wykazał, przytoczone na wykazanie spełnienia warunku umowy na dostawy pojazdów były zawarte w postępowaniach publicznych, a odwołujący nie wziął pod uwagę, e mo liwe są dostawy do podmiotów niepublicznych takich jak np. TS Michalczewski czy Mobilis, które to podmioty, mimo e nie są publiczne to prowadzą obsługę miast w zakresie transportu publicznego. Ponadto nawet w zakresie zamówień publicznych ceny ofertowe mogą opiewać na dostawy pojazdów wraz z wieloletnią obsługą techniczną, wraz z wymiennymi akumulatorami czy ceny mogą dotyczyć leasingu.

W związku z tym zamawiający nie naruszył art. 86 ust. 4 Pzp, gdy zastrze one informacje nie dotyczyły ceny ofertowej, którą zamawiający jest obowiązany podać pod czas otwarcia ofert, co te zamawiający uczynił podczas otwarcia ofert.

Ponadto odwołujący nie wykazał naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał, e wykonawca BYD zastrzegł informacje ujawnione do wiadomości publicznej.

Nieujawnienie do wiadomości publicznej jest pierwszą z trzech przesłanek tajemnicy

przedsiębiorstwa zdefiniowana w art. 11 ust. 4 uznk. Odwołujący wskazał, w dowodach nieprzetłumaczonych, na kwoty transakcji podmiotów publicznych w Izraelu i Fryzji. Jednak były to kwoty znacznie odbiegające od kwot znajdujących się w ofercie wykonawcy BYD, dlatego nie mo na snuć przypuszczeń, e ró nice tych kwot wynikają z ró nic kursów e ceny wymiany walut czy z dopuszczalnych zaokrągleń. Odwołujący nie wykazał, zastrze onych transakcji były gdziekolwiek podane do publicznej wiadomości.

Równie zastrze enie spełnia drugą przesłankę definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 11 ust. 4 uznk – zastrze ona informacja dotycząca cen posiada wartość gospodarczą. Cena wykonawcy BYD w stosunkach z innymi zamawiającymi, gdy nie jest znana innym wykonawcom daje mo liwość prowadzenia ró nej polityki cenowej, zale nie od konkretnej sytuacji w poszczególnych kontraktach czy postępowaniach w sprawie zamówień publicznych. Dlatego skład orzekający Izby stwierdza, e ceny ró nych transakcji zastrze onych przez wykonawcę BYD posiadają dla tego wykonawcy szczególną wartość gospodarczą dopóki nie zostaną ujawnione.

Wreszcie w postępowaniu zaistniała tak e trzecia przesłanka tajemnicy przedsiębiorstwa wskazana w art. 11 ust. 4 uznk. Przedsiębiorca, wykonawca BYD, podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrze onych informacji. Najlepszym tego dowodem jest fakt, e odwołujący nie odnalazł tych informacji mimo ukierunkowanych poszukiwań i mimo e ceny te były wiadome nie tylko wykonawcy BYD, ale tak e jego kontrahentom. Odwołujący nie wykazał, e zabezpieczenie poufności tych danych było niewłaściwe u wykonawcy BYD lub któregokolwiek z partnerów w umowach.

Tak e nie mo e się ostać zarzut, e wykonawca BYD nie przystąpił do postępowania, aby nie dać odwołującemu mo liwości wykazania, e wykonawca BYD nie podjął niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrze onych informacji. Skład orzekający Izby stwierdza, e nie ma obowiązku przystępowania do postępowania odwoławczego. Dlatego z faktu nieprzystąpienia do toczącego się postępowania nie mo na wyciągać tak daleko idących wniosków.

Wobec powy szych konstatacji skład orzekający Izby stwierdza, e odwołujący nie wykazał, i zastrze one informacje nie spełniają którejś z przesłanek tajemnicy e przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 4 uznk. W związku z tym Izba stwierdza,

---

zamawiający nie naruszył art. 8 ust. 3 Pzp, gdy nie ujawnił informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a to jest istotą tego unormowania.

Ponadto odwołujący nie dowiódł naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 Pzp, który brzmi »Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne« ani art. 8 ust. 2 Pzp, który brzmi »Zamawiający mo e ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie«, gdy zamawiający ujawniał wszystkie posiadane informacje poza informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa, co jest zgodne z wy ej przytoczonymi przepisami.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowód nr 2 zło ony przez odwołującego, jednak nie miał on istotnego znaczenia w postępowaniu. Pozostałe dowody nr 1, 3 i 4 zło one przez strony nie mogły być wzięte pod uwagę, gdy zostały zło one w językach obcych bez tłumaczenia.

Z powy szych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

……