

Sygn. akt: KIO 2740/11

WYROK

z dnia 4 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – BBF spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i Safege spółkę Akcyjną w Nanterre, w postępowaniu prowadzonym przez Aquanet SA w Poznaniu

przy udziale wykonawców:

- A. wykonawcy Grontmij Polska Sp. z o.o. w Poznaniu, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - EKOCENTRUM Sp. z o.o., we Wrocławiu i Tebodin Poland sp. z o.o. w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – BBF spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i Safege spółkę Akcyjną w Nanterre, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – BBF spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i Safege spółkę Akcyjną w Nanterre tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – BBF spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i Safege spółki Akcyjnej w Nanterre, na rzecz Zamawiającego - Aquanet SA w Poznaniu kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi Inżyniera Kontraktu dla 7 zadań Inwestycyjnych przewidzianych do realizacji w latach 2012-2015 przy udziale środków z Funduszu Spójności w oparciu o warunki kontraktowe Red/Yellow FIDIC dla Projektu: Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej dla ochrony zasobów wodnych w Poznaniu i okolicach - Etap I i II” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący w 12 grudnia 2011 r. otrzymał informację o odmowie udzielenia mu załącznika 1 a *Kalkulacja Kosztów* z oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - EKOCENTRUM Sp. z o.o., we Wrocławiu i Tebodin Poland sp. z o.o. w Warszawie, ze względu na fakt, iż przedmiotowy załącznik został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa., zaś w dniu 22 grudnia 2011r. wniósł odwołanie wobec zaniechania Zamawiającego odtajnienia części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - EKOCENTRUM Sp. z o.o., we Wrocławiu i Tebodin Poland sp. z o.o. w Warszawie i udostępnienia załącznika 1a do oferty. Odwołujący postawił zarzuty, dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy, przez zaniechanie ujawnienia (odtajnienia) i udostępnienia Odwołującemu Załącznika nr 1a - Zestawienia Kosztów załączonego do Oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - EKOCENTRUM Sp. z o.o., we Wrocławiu i Tebodin Poland sp. z o.o. w Warszawie.

W oparciu o tak wyrażone zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) ujawnił (odtajnił) Załącznik nr 1 a - Zestawienie Kosztów załączony do Oferty złożonej przez Konsorcjum Ekocentrum - Tebodin,
- b) zawiadomił Odwołującego o ujawnieniu (odtajnieniu) ww. dokumentu,
- c) udostępnił Odwołującemu ww. dokument.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przytoczył uzasadnienia Sądu Najwyższego dotyczące pojęcia oraz zasad zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, akcentując iż:

- Załącznik 1a stanowi formularz opracowany przez Zamawiającego, załączony w wersji elektronicznej (plik Microsoft Excel - format .xls) do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który zawiera w szczególności wskazanie pełnionej funkcji (bez konieczności podawania imienia i nazwiska danego eksperta), okresu świadczenia usługi w miesiącach i

tygodniach jak również w wymiarze godzinowym oraz wynagrodzenie dla danego eksperta w ujęciu miesięcznym, tygodniowym i godzinowym. Zgodnie z pkt. 23 Instrukcji dla Wykonawców Wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty miesięczne Zestawienie kosztów określone właśnie w Załączniku 1a (zestawienie kosztów) do Formularza Oferty stanowiące podstawę obliczenia ceny oferty.

- Analogicznie do pozycji: „kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane” nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa Zestawienia Kosztów - Załącznika 1a do Formularza Oferty.

- Nie budzi wątpliwości, że Załącznika 1a – *Zestawienie Kosztów* załączonego do Oferty złożonej przez „Konsorcjum Ekocentrum - Tebodin” w żadnym wypadku nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym ich zastrzeżenie przez „Konsorcjum Ekocentrum - Tebodin” było i jest bezpodstawne.

- Załącznik 1a - Zestawienie Kosztów załączony został do Oferty złożonej przez „Konsorcjum Ekocentrum - Tebodin” nie zawiera bowiem żadnych informacji, które uznać można za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą.

- Wyłącznym celem złożenia przedmiotowego dokumentu jest udowodnienie Zamawiającemu, że Wykonawca prawidłowo wyliczył cenę Oferty.

- W ocenie Odwołującego, jest oczywiste, że faktycznym powodem zastrzeżenia przez „Konsorcjum Ekocentrum - Tebodin” Załącznika 1a - Zestawienia Kosztów jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym Odwołującemu, weryfikacji ich ofert pod kątem oceny czy Wykonawca nie złożył oferty z ceną rażąco niską.

- Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (np. art. 96 ust. 3 Ustawy) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez Zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako złożonego po upływie terminu określonego w ustawie, ewentualnie – o oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność opisanych w nim zarzutów, względnie o oddalenie odwołania, gdyż Odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych. Zamawiający argumentuje, iż do ustalenia terminu na wniesienie odwołania ma zastosowanie art. 182 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś wobec trudności w ustaleniu początku najwcześniejszego możliwego terminu, w jakim zamawiający mógł zweryfikować zastrzeżenie tajemnicy, należy przyjmować dzień otwarcia ofert, gdyż od tego momentu wykonawcy mogą uzyskać informację o częściowym utajnieniu konkurentów. W sprawie od otwarcie ofert do złożenia odwołania upłynęło 37 dni; najpóźniejszym dniem, z jakim z całą pewnością Odwołujący dowiedział się o utajnieniu spornego załącznika był dzień 22 listopada 2011 r., tj. moment wglądu do akt, co Odwołujący sam potwierdził w pierwszym zdaniu odwołania.

Zamawiający podał także, iż *istnieje poważne, uzasadnione przypuszczenie, że wniesienie odwołania w niniejszej sprawie stanowi nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy PZP. W chwili obecnej zadania stanowiące przedmiot postępowania o udzielenie są wykonywane przez Odwołującego, który działa jako „tymczasowy inżynier kontraktu”. Tym samym znając treść ofert, w związku z tym przewidując zakończenie przetargu, ma on interes w świadomym działaniu na rzecz przedłużenia postępowania, o czym świadczy również wniesienie odwołania ze znaczącym uchybieniem ustawowego terminu”.*

W ocenie Zamawiającego, skoro Odwołujący uzyskał po otwarciu ofert liczbę punktów, która uplasowała go na trzecim miejscu za ofertą najkorzystniejszą, to nie ma on interesu w uzyskaniu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, *z uwagi na obecną pozycję Odwołującego w postępowaniu oraz zasygnalizowane już okoliczności wskazujące na nadużycie prawa, należy odmówić Odwołującemu interesu we wniesieniu odwołania. Nawet hipotetyczne uwzględnienie wniesionego odwołania nie jest bowiem w stanie doprowadzić do wyboru jego oferty”.*

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy Grontmij Polska Sp. z o.o. w Poznaniu - po stronie Odwołującego; oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - EKOCENTRUM Sp. z o.o., we Wrocławiu i Tebodin Poland sp. z o.o. w Warszawie - po stronie Zamawiającego, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięć na korzyść Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie podzielono argumentacji Zamawiającego, iż odwołanie należy uznać za spóźnione, bowiem o podstawie do jego wniesienia Odwołujący dowiedział się z momentem otwarcia ofert, a w każdym razie – z dniem zapoznania z ich treścią (22 listopada 2011 r.). Jak ustalono, w dniu 15 listopada 2011 r. nastąpiło otwarcie ofert, po którym Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie mu ofert konkurentów. W odpowiedzi Zamawiający na pisemnym wniosku Odwołującego, przesłanym następnie do Odwołującego udzielił następującej odręcznej adnotacji – odpowiedzi, o treści: *„Zamawiający wyznacza termin wglądu w oferty na dzień 22 XI 2011 w godz. 10 – 11 w siedzibie Zamawiającego w pok. 221. Informujemy, że obecnie zostaną udostępnione informacje, które nie zostały utajnione przez Wykonawców”*. W trakcie zapoznania z dokumentami w dniu 22 listopada 2011 r. Zamawiający udostępnił jedynie tę część oferty Przystępującego, która nie została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie w tej samej dacie – 22 grudnia 2011 r. Zamawiający wystosował do Przystępującego pismo, w którym zwrócił się o wyjaśnienie podstaw i zasadności dokonanego zastrzeżenia oferty. W dniu 25 listopada 2011 r. Przystępujący udzielił na powyższe pismo odpowiedzi, zawierającej wyjaśnienie. W dniu 8 grudnia Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o możliwość zapoznania się z utajnionym załącznikiem 1 a do oferty, na co Zamawiający – pismem z dnia 12 grudnia 2011 r. wskazał, iż nie udostępni tego dokumentu, gdyż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - EKOCENTRUM Sp. z o.o., we Wrocławiu i Tebodin Poland sp. z o.o. w Warszawie zastrzegali ten dokument.

W oparciu o powyższe ustalenia uznano, że data 12 listopada 2011 r. jest dniem, od którego zaczął biec termin na złożenie odwołania wobec zaniechania odtajnienia części oferty Przystępującego, wobec czego odwołanie złożone w dniu 22 grudnia 2011 r. jest odwołaniem złożonym w ustawowym, dziesięciodniowym terminie.

Zasadnym mógłby być wniosek w zakresie uznania, że termin na wniesienie odwołania zaczął biec wcześniej, gdyby Zamawiający wcześniej uzewnętrznił w sposób definitywny, że dokonał już czynności związanych z badaniem zastrzeżenia informacji (przykładowo uznałby jakąkolwiek część z nich za bezpodstawnie zastrzeżoną, bądź uzyskał

stanowisko wykonawcy co do zasadności zastrzeżenia), co pozwalałoby wykonawcom przyjąć, że z tą chwilą przedmiotowa czynność podlega ewentualnej kontroli w ramach środków ochrony prawnej. Do czasu jednak braku takiej reakcji Zamawiającego na zastrzeżenie informacji, należy przyjąć, że Zamawiający jest w trakcie czynności oceny ofert, w czym mieści się min. ocena zasadności zastrzeżenia informacji. Wobec powyższego, przy braku sygnałów dla wykonawców o jakichkolwiek czynnościach związanych z dokonaniem oceny takiego zastrzeżenia, i braku uzewnętrznienia przez Zamawiającego dokonania – zarówno w sposób pozytywny jak i negatywny dla wykonawcy zastrzegającego informacje – oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy, należy przyjąć, że dopiero z momentem najwcześniejszego zasygnalizowania zakończenia takiej oceny (czy to w ramach wyboru najkorzystniejszej oferty, czy wcześniej – poprzez ustosunkowanie się do kwestii utajnienia), wykonawcy mogą podnosić zarzuty w tym zakresie.

Nie uznano przy tym za taką datę dnia 22 grudnia 2011 r. – wbrew stanowisku Zamawiającego – z odrębnej adnotacji na wniosku o udostępnienie ofert nie wynika, by Zamawiający dał Odwołującemu jednoznaczny sygnał, iż uznał utajnienie części oferty Przystępującego za uzasadnione. Uszło przy tym uwadze Zamawiającego, że rzeczona adnotacja wskazuje wyraźnie na stan przejściowy w zakresie udostępnienia jedynie części ofert nie utajnionych przez wykonawców, na pewien etap badania tego utajnienia, skoro Zamawiający podał, iż „*obecnie zostaną udostępnione informacje, które nie zostały utajnione przez Wykonawców*”. Z powyższej odpowiedzi Zamawiającego zdaje się wynikać, że Zamawiający przewidywał czas, inny niż „obecnie”, kiedy mogą zostać udostępnione oferty, w części, która nie została utajniona. To także wskazuje, że w postulowanej przez Zamawiającego dacie 22 listopada 2011 r., w której miały być udostępnione pochodzące z ofert informacje, które nie zostały utajnione, Zamawiający był jeszcze w fazie badania zasadności tego zastrzeżenia. Potwierdza wreszcie taki wniosek fakt, że właśnie w dniu 22 listopada 2011 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie zasadności takiego zastrzeżenia. W tym kontekście stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym sam Odwołujący już na wstępie odwołania przyznaje, iż o nieudostępnieniu załącznika 1 a powziął wiadomość z momentem przeprowadzonego wglądu do ofert wymaga dopełnienia o fakt, że to Zamawiający uprzednio dał Odwołującemu podstawy do wnioskowania, że czynność badania zasadności zastrzeżenia części oferty jeszcze nie została przez Niego sfinalizowana.

Nieprzekonującym zupełnie jest przy tym prezentowane na posiedzeniu przez Zamawiającego stanowisko, iż wystąpienie do Przystępującego nastąpiło „z ostrożności” i miało jedynie na celu formalne potwierdzenie pozytywnej oceny poprawności zastrzeżenia, jakiej Zamawiający dokonał już wcześniej. Powyższe przeczyłoby racjonalności

Zamawiającego, który z jednej strony uznawałby, że zastrzeżenia dokonano skutecznie, z drugiej zaś - formułował pismo do dysponenta informacji o wyjaśnienie powodów zastrzeżenia, wyraźnie przy tym wskazując, że wezwanie obejmuje „*podanie podstawy prawnej i uzasadnienie utajnienia przedmiotowych dokumentów i informacji*”.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że – w myśl art. 181 ustawy, z ograniczeniami dla postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W okolicznościach, gdy przedmiotem odwołania jest zaniechanie przez Zamawiającego określonych czynności, dla których ustawa nie określiła terminów na ich dokonanie, nie sposób przyjmować, że odwołanie należy złożyć w wymaganym (tutaj: dziesięciodniowym) terminie, liczonym od dnia otwarcia ofert, czy – zgodnie z poglądem prezentowanym przez Zamawiającego – od dnia udostępnienia ofert. Kiedy zamawiający jest w trakcie badania ofert, ich analizy i w żaden sposób nie uzewnętrznia, by już dokonał jakichkolwiek czynności z tym związanych, choćby incydentalnych, nie może to zamykać uczestnikom postępowania drogi do wnoszenia środków ochrony prawnej. Prowadziłoby to bowiem do paradoksalnej sytuacji, że odwołanie wniesione w ciągu dziesięciu dni od otwarcia ofert, gdy zamawiający jeszcze bada oferty, w tym także w zakresie zasadności utajnienia części z nich, i wynik tego badania jest nieprzesądzony, należałoby uznać za przedwczesne, zaś po tym terminie – za spóźnione wobec upływu ustawowego terminu. Otwierałoby to także możliwość nadużywania przez zamawiającego uprawnień nieograniczonego w czasie badania zastrzeżenia, skutkującego w konsekwencji pozbawieniem wykonawców realizacji prawa do zakwestionowania działań i zaniechań zamawiającego w trybie środków ochrony prawnej. Powyższe zresztą obrazuje stan faktyczny sprawy: Zamawiający podaje, że termin na wniesienie odwołania zaczyna bieg w dacie 22 listopada 2011 r., to jest w dacie zapoznania się przez Odwołującego z ofertami, i w tej samej dacie występuje do wykonawcy, który zastrzegł informacje podanie przyczyn takiego zastrzeżenia. Jeśli zatem przyjąć ścieżkę rozumowania prezentowaną przez Zamawiającego, to każde po upływie dziesięciu (a w postępowaniach „podprogowych” – pięciu) dni od okazania wykonawcom ofert działanie Zamawiającego mające na celu wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy (a w konsekwencji: uznanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy) byłoby pozbawione kontroli w trybie środków ochrony prawnej. W sytuacji zaś, gdy zamawiający dokonuje oceny zasadności utajnienia dokumentów złożonych w postępowaniu, i w jakikolwiek sposób daje wyraz dokonania pozytywnej oceny tego zastrzeżenia - termin na wniesienie odwołania należy liczyć od uzewnętrznionej oceny przez zamawiającego tego zastrzeżenia.

Biorąc przy tym pod uwagę, że wyjaśnienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - EKOCENTRUM Sp. z o.o., we Wrocławiu i Tebodin Poland sp. z o.o. w Warszawie stanowią załącznik do protokołu udostępniany dopiero z momentem wyboru najkorzystniejszej oferty, za pierwszy termin, gdy wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o podstawie do wniesienia odwołania należało uznać moment udostępnienia protokołu wraz załącznikami (tożsamy z wyborem najkorzystniejszej oferty) chyba, że wcześniej wykonawca powziął wiadomość o dokonanej przez Zamawiającego akceptacji utajnienia informacji. W analizowanym wypadku jest to dzień odmowy udostępnienia dokumentu stanowiącego załącznik 1a, gdy Zamawiający stanowczo podał, że czyni to w związku z uznaniem za utajnione informacji, to jest dzień 12 grudnia 2011 r.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie podzielono przy tym argumentacji Zamawiającego zaprezentowanej w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którą, w zakresie złożonego odwołania Odwołującemu nie sposób przypisać posiadania interesu. Wbrew tezę Zamawiającego, interes ten nie przejawia się we wniesieniu odwołania (str. 7 in fine odpowiedzi na odwołanie), ale w uzyskaniu zamówienia. Okoliczność, że uzyskana punktacja pozwala sklasyfikować Odwołującego na trzeciej pozycji nie przesądza także o braku interesu w uzyskaniu zamówienia, skoro wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w dniu 28 grudnia 2011 r., zaś Odwołujący może ten wybór, w tym zaniechania wykluczenia wykonawców lub odrzucenia poprzedzających jego ofertę ofert kwestionować, wnosząc na w tym zakresie odwołanie, co do którego termin na wniesienie jeszcze przecież nie upłynął. Przesądzenie zasadności zastrzeżenia, w tym kontrola uznania przez Zamawiającego zasadności takiego zastrzeżenia przez konkurencyjnego wykonawcę może pozwolić na uzyskanie dodatkowych argumentów, które posłużą do kwestionowania następnych decyzji Zamawiającego, takich jak ta o wyborze najkorzystniejszej oferty, a tym samym zarzuty podniesione wobec bezzasadnego uznania utajnienia części oferty mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych. Na wynik postępowania, rozumiany jako wybór najkorzystniejszej oferty mają jednak wpływ czynności podejmowane w toku całego postępowania o zamówienie, w tym incydentalne decyzje Zamawiającego, takie jak uznanie za prawidłowo zastrzeżonych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Stąd też wnioskowanie – jak czyni to Zamawiający – że skoro oferta Odwołującego, po otwarciu ofert i dokonanym wyborze najkorzystniejszej oferty sklasyfikowana została na trzeciej pozycji, to nie ma on interesu w uzyskaniu zamówienia,

nie uwzględnia okoliczności, że na obecnym etapie Odwołujący może jeszcze odwołać się od decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym kwestionować zaniechania wykluczenia wykonawców wyżej sklasyfikowanych lub odrzucenia ich ofert, zaś uzyskanie pewności co do zasadności utajnienia elementów oferty tych wykonawców może pozwolić uzyskać dodatkowe argumenty w tym zakresie. Z tej perspektywy, Odwołującemu należało przypisać interes w uzyskaniu zamówienia w zakresie kwestionowania dokonanego przez Zamawiającego uznania za prawidłowe utajnienia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podobnie, nie może skutkować uznaniem braku interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, twierdzenie zawarte w odpowiedzi na odwołanie, iż wniesienie odwołania może stanowić nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy. Wniesienie odwołania stanowi środek ochrony prawnej, przysługujący zgodnie z ustawą każdemu wykonawcy, niezrozumiałym jest zatem rozważanie uprawnienia wynikającego z ustawy w kategorii nadużycia prawa. Upatrywanie w złożeniu odwołania intencji, przejawiających się w „działaniu na rzecz przedłużenia postępowania, o czym świadczy również wniesienie odwołania ze znaczącym uchybieniem ustawowego terminu” nie uwzględnia okoliczności, że kilka dni po wniesieniu odwołania Zamawiający dokonał kolejnej czynności – wyboru najkorzystniejszej oferty i że w związku z tą czynnością wykonawcom będą także przysługiwać środki ochrony prawnej, a co za tym idzie – czas trwania postępowania pozostaje bez związku z tym konkretnym odwołaniem.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowaną w odwołaniu i w granicach tego odwołania (zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych), czynność Zamawiającego uznania za prawidłowo zastrzeżone informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa uznano, że w analizowanym zakresie nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które – w myśl regulacji art. 192 ust. 2 ustawy, mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, poczynając od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert

i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy - *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków 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.* Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone, należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą 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. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.* Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Wcześniejsze uregulowanie przepisu odwoływało się do tajemnicy handlowej, która dzisiaj zawarta jest w pojęciu „*inne informacje posiadające wartość gospodarczą*”. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, Sygn. akt I CKN 304/ 2000, gdzie jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze (również wyrok Sądu Najwyższego z 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, Nr 5, poz. 67). Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada

wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. *„w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”*. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien mieć pewność, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznaną ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca – dysponent informacji wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnego kręgu odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego.

Analiza treści zastrzeżonych w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - EKOCENTRUM Sp. z o.o., we Wrocławiu i Tebodin Poland sp. z o.o. w Warszawie nie wskazuje, by to zastrzeżenie było niedopuszczalne. W szczególności, wśród zastrzeżonych informacji nie znajdują się treści udostępnione do powszechnej wiadomości, jak np. usługi wykonywane na podstawie umów w sprawach zamówień publicznych, które są, zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy, jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej.

Nie ulega wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie informacje zawarte w załączniku 1 a, stanowiącym *Zestawienie Kosztów* mają wartość gospodarczą. Obrazują one stawki, jakie przewidziano dla 24 specjalistów, którzy mają być zaangażowani do realizacji zamówienia. Te osoby wymieniono przy tym w wykazie osób. Zestawienie tych wynagrodzeń obrazuje

mechanizm kształtowania wynagrodzeń. Sposób budowania strategii wynagrodzeń, konkretne stawki wynagrodzeń ujęte w zestawieniu spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące strony kalkulacji wynagrodzeń specjalistów, jakich Przystępujący zamierza zaangażować do realizacji zamówienia, które jednocześnie przekłada się na sposób kalkulacji ceny, która pozwoliła na uzyskanie wyniku zaprezentowanego w złożonej ofercie. Nie sposób przy tym uznać, że podawane w ujęciu tabelarycznym, w załączniku 1 a *Zestawienie Kosztów* nie mogą zawierać tak czytelnych danych by można je było odnieść do konkretnych wynagrodzeń i konkretnych osób, z uwagi na to, że mieszczą się w nich narzuty, marża. W *Zestawieniu Kosztów* Przystępujący podał bowiem w ramach *wynagrodzenia netto za specjalistę Inżyniera Kontraktu* wynagrodzenia poszczególnych specjalistów w ujęciu miesięcznym oraz wg stawki godzinowej. Te dane stanowią zatem konkretne informacje, które mogą mieć wartość gospodarczą, choćby dla podmiotów konkurujących. Dopiero z dalszych pozycji *Zestawienia*, wynikają informacje, które odnoszą się do ogólnej kalkulacji, nie zaś wynagrodzeń osób, obejmujące koszty ogólne czy marżę. Takie a nie inne ukształtowanie stawek wynagrodzeń doprowadzić miało wykonawcę do uzyskania zamówienia publicznego i skutecznego konkurowania na danym rynku i jako takie może mieć wartość gospodarczą dla ich dysponenta. Podkreślenia przy tym wymaga, że o charakterze informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa decyduje wartość, jaką informacja ma dla jej dysponenta niezależnie od postępowania o zamówienie publiczne – chodzi o wartość gospodarczą w ogóle, odnoszoną do szerszego kręgu odbiorców informacji, aniżeli tylko uczestnicy postępowania o zamówienie publiczne.

Przystępujący wykazał także, że informacje zawarte w *Zestawieniu Kosztów* nie są przez niego udostępnione do publicznej wiadomości a także, że podejmuje działania mające na celu zachowanie wskazanych informacji nieznanymi szerszemu gronu odbiorców. Wykonawca złożył bowiem, odnoszące się do zastrzeżonych informacji kopie porozumień z osobami – własnymi pracownikami w postaci „oddelegowań służbowych” osób wyszczególnionych w wykazie osób, których stawki wynagrodzeń ujęto w załączniku 1 a, a także kopie dokumentów, na podstawie których podmioty trzecie udostępniły wskazane osoby, których wynagrodzenia także zawarto w spornym załączniku 1 a, jak również umowy o współpracy z konkretnymi specjalistami, gdzie także zawarto klauzule dotyczące poufności informacji dotyczących wysokości ustalonego wynagrodzenia. Wynika z nich, że elementy tych porozumień odnoszące się do uzgodnionych wynagrodzeń są objęte poufnością – jest to element porozumienia łączącego Przystępującego z podmiotem, który udostępnił osoby, niezależnie od wyniku postępowania.

Powyższe nakazuje uznać, dokonane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - EKOCESTRUM Sp. z o.o., we Wrocławiu i Tebodin

Poland sp. z o.o. w Warszawie zastrzeżenie zał. Nr 1 a, za dopuszczalne, zaś działanie Zamawiającego, polegające na uznaniu – po uzyskaniu wyjaśnień Przystępującego - za właściwe takiego zastrzeżenia, za prawidłowe.

Jakkolwiek, w świetle brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy zastrzeżenie jest możliwe nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to w warunkach, kiedy dokument, w którym zastrzeżono informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa składany jest po wezwaniu przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, dokument ten należy traktować w sposób taki jak ofertę, w tym w zakresie możliwości zastrzeżenia go jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem jeżeli dokument ten został złożony w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po złożeniu oferty przez wykonawcę, niemożliwe było zastrzeżenie jego treści w chwili złożenia oferty choćby dlatego, że w momencie składania oferty dokument taki po prostu nie istniał. Za prawidłowe uznać więc należy zastrzeżenie wyjaśnień jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jednocześnie ze złożeniem tych wyjaśnień (tak też: wyrok KIO z dnia 14 lutego 2011 r. w spr. KIO 228/11).

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się – podniesione w odwołaniu – zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Uwzględniono uzasadnione koszty Zamawiającego, stanowiące wynagrodzenie pełnomocnika, w kwocie 3.600 zł, to jest wynikającej z § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: