

Sygn. akt: KIO 418/17

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 15 marca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Sylwia Muniak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego **w dniu 15 marca 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 marca 2017 r.** przez wykonawcę **M. P. Sp. z o.o., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne W., Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. (...)**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **M. P. Sp. z o.o., ul. (...)** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejsze

postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego pn.: „*Opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego oraz uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę dla zadania pn. „Przebudowa wiaduktów w ciągu Trasy Ł. przy A.”* - nr referencyjny postępowania: ZP/7/PO/1/16, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 146-264861 z 30.07.2016 r., przez Miasto Stołeczne W., Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. (...) zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 24.02.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o częściowym odtajnieniu treści wyjaśnień M. P. Sp. z o.o., ul. (...) zwanej dalej: „*M. P. Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*” dotyczących ceny rażąco niskiej.

W dniu 06.03.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) M. P. Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 24.02.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 06.03.2017 r. (e-mailem). Odwołanie zostało podpisane przez P. Z. ujawniony w załączonym wydruku KRS-u i umocowany do samodzielnej reprezentacji. Zamawiającemu zarzucił naruszenie - art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej: „*uznk*”, poprzez podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odtajnieniu informacji znajdujących się:

- w Zał. nr 1 do pisma z 23.01.2017r. od lit. a) - poczynając od słowa: „*a) wewnętrzne...*”, do lit. h) - kończąc na słowie: „*...Informacji.*”

- w Zał. nr 2 do pisma z dnia 23 stycznia 2017r. na:

o str. 16 - 17 wszystkie tiret, tj. poczynając od słów „*Wykonawca dysponuje:*” na str. 16 i kończąc na słowach: „*...w znanym środowisku.*” na str. 17

o str. 17 od słów „*Posiadany przez wykonawcę know-how...*” do końca 17 str., tj. do słów: „*...niniejszego postępowania cenami.*”, pomimo iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, a Odwołujący zastrzegł je jako tajemnicę oraz wykazał zasadność dokonanego zastrzeżenia. Wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności decyzji o odtajnieniu informacji zawartych:

- w Zał. nr 1 do pisma z 23.01.2017r. od lit. a) - poczynając od słowa: „a) wewnętrzne...”, do lit. h) - kończąc na słowie: „... Informacji.”

- w Zał. nr 2 do pisma z 23.01.2017r. na:

o str. 16 - 17 wszystkie tiret, tj. poczynając od słów „Wykonawca dysponuje:” na str. 16 i kończąc na słowach: „...w znanym środowisku” na str. 17

o str. 17 od słów „Posiadany przez wykonawcę know-how...” do końca 17 str., tj. do słów: „...niniejszego postępowania cenami.”. Ponadto Odwołujący wnosił o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

W dniu 24.02.2017r. Zamawiający przesłał Odwołującemu pismo zawierające informację o decyzji Zamawiającego o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zgodnie z jego treścią Zamawiający postanowił odtajnić informacje zawarte w Zał. nr 1 i 2 do pisma Odwołującego z 23.01.2017r. zawierającego wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, w takiej części, w jakiej nie zostały przez Zamawiającego zakreślone („zaczernione”). Załącznikiem do pisma była treść Zał. nr 1 oraz nr 2 do pisma Odwołującego. Treść tych załączników została „zaczerniona” w częściach uznanych przez Zamawiającego za zasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przez Odwołującego oraz „niezaczerniona” w częściach, co do których Zamawiający podjął decyzję o ich odtajnieniu. Jako uzasadnienie swojej decyzji Zamawiający wskazał m. in., iż informacje odtajnione zawierają:

„- ogólnie przywołania mechanizmów ochrony informacji poufnych, bez szczegółowych informacji i zasad ich funkcjonowania (...)

- ogólnikowe stwierdzenia np. powołanie się na fakt posiadania doświadczenia czy wyspecjalizowanej kadry oraz sprzętu i oprogramowania niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia, który jest wspólny dla wszystkich wykonawców, którzy przeszli do kolejnego etapu niniejszego postępowania...”. Z powyższym Odwołujący zasadniczo się nie zgodził i podnosił, iż informacje zawarte w:

- w Zał. nr 1 do pisma z 23.01.2017r. od lit. a) - poczynając od słowa: „a) wewnętrzne...”, do lit. h) - kończąc na słowie: „... Informacji.”

- w Zał. nr 2 do pisma z 23.01.2017r. na:

o str. 16 - 17 wszystkie tiret, tj. poczynając od słów „Wykonawca dysponuje:” na str. 16 i kończąc na słowach: „...w znanym środowisku” na str. 17

o str. 17 od słów „Posiadany przez wykonawcę know-how...” do końca 17 str., tj. do słów: „...niniejszego postępowania cenami.”, spełniają wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 uznk, a ponadto zostały uznane za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przez KIO w wyroku z 21.12. 2016r. o sygn. akt: KIO 2322/16.

Wyrok KIO o sygn. akt 2322/16. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w Zał. nr 1 i 2 do pisma

z 23.01.2017r., których dotyczy odwołanie, była przedmiotem rozpoznania przez KIO w wyniku wniesienia przez Odwołującego odwołania na decyzję o lch odtajnieniu przez innego Zamawiającego. W wyniku powyższego KIO, wyrokiem z 21.12.2017r. o sygn. akt: KIO 2322/16, uwzględniła odwołanie w części dotyczącej przedmiotowych informacji uznając, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i Odwołujący miał prawo do ich zastrzeżenia. Izba uznała, że stanowią one informacje organizacyjne, tj. wiadomości przydatne do prowadzenia firmy oraz wiedzę o potencjale przedsiębiorstwa, których to informacji nie mają inni wykonawcy oraz że podlegają ochronie i wobec wyraźnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego nie mogą być udostępniane. Odwołujący przedstawił: - rzeczony pismo w wersji z „zaczerniona” treścią, co do której KIO uznało zasadność zastrzeżenia - w celu dołączenia treści pisma do kopii odwołania przekazywanej wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu – Zał. nr 6 - oraz przedstawia rzeczony pismo w wersji bez „zaczernień” dla celów dowodowych - wyłącznie do wiadomości KIO oraz Zamawiającego – Zał. nr 1, zastrzegając jednocześnie, iż wersja pisma zawarta w Zał. nr 7 nie może być udostępniona żadnemu podmiotowi trzeciemu, w tym innym wykonawcom w postępowaniu. Tym samym na mocy powyższego wyroku, przedmiotowe informacje nie zostały odtajnione i pozostają chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Spełnianie przesłanek z art. 11 ust. 4 uznk. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż informacje, których dotyczy odwołanie spełniają wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Informacje, których dotyczy odwołanie niewątpliwie mają charakter organizacyjny. albowiem dotyczą:

- 1) wdrożonych wewnętrznie i stosowanych przez Odwołującego mechanizmów, mających na celu zapobieżenie ujawnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego;
- 2) posiadanych przez Odwołującego zasobów materialnych oraz dobór intelektualnych, które pozwalają na optymalizację wykonania zamówienia, a tym samym na zaoferowanie konkurencyjnej ceny;
- 3) określonych zasobów Odwołującego oraz oszacowanej przez Odwołującego wartości oszczędności jakie, w jego ocenie, przynosi ich zastosowanie przy realizacji zamówienia.

Wszystkie te informacje niosą za sobą istotną dla Odwołującego wartość gospodarczą, gdyż stanowią o przewadze biznesowej Odwołującego. Przekazanie tych informacji innym podmiotom mogłoby w przyszłości utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcy przedkładanie porównywalnych ofert. Jednocześnie informacje te nie są znane podmiotom trzecim (wykonawca nie podaje ich do wiadomości publicznej), a co więcej stosuje on szereg środków, których celem jest uniknięcie ujawnienia tych informacji w przyszłości. Tym samym spełniają one ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, co wyklucza możliwość ich ujawnienia przez zamawiającego.

Odniesienie do twierdzeń Zamawiającego. W decyzji o odtajnieniu Zamawiający wskazuje, że przedmiotowe informacje nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są to: „- *ogólnie przywołania mechanizmów ochrony informacji poufnych, bez szczegółowych informacji i zasad ich funkcjonowania (...) - ogólnikowe stwierdzenia np. powołanie się na fakt posiadania doświadczenia czy wyspecjalizowanej kadry oraz sprzętu i oprogramowania niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia, który jest wspólny dla wszystkich wykonawców, którzy przeszli do kolejnego etapu niniejszego postępowania...*”. Zadaniem Odwołującego, ww. twierdzenia Zamawiającego są błędne i nie mogą świadczyć o braku prawa Odwołującego do zastrzeżenia przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że informacje, których dotyczy odwołanie, zawarte w Zał. nr 1 do pisma z 23.01.2017r., stanowią wiedzę o stosowanych przez Odwołującego metodach natury administracyjnej i organizacyjnej w celu zachowania poufności informacji, dotyczą strategii funkcjonowania przedsiębiorstwa oraz aktów regulacji wewnętrznych. Odwołujący podkreśla, że nie tylko szczegółowe dane i zasady funkcjonowania takich metod i zasad mogą stanowić informacje chronione, ale - co należy podkreślić - tajemnicą przedsiębiorstwa może być także sama wiedza o tym, że przedsiębiorca stosuje pewne metody i strategie organizacyjne i administracyjne. Odwołujący ma prawo do ochrony informacji o stosowanych przez siebie metodach i strategii. Ponadto, Odwołujący podnosił, iż Informacje, których dotyczy odwołanie, zawarte w Zał. nr 2 do pisma z 23.01.2017r. na str. 16 i 17, są elementem kalkulacji ceny, która - co nie ulega wątpliwości w świetle licznych orzecznictwa sądów oraz KIO - stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i ma walor wartości gospodarczej. Podkreślić należy, iż informacje te po pierwsze przedstawiają potencjał Odwołującego, dostępne mu czynniki i zasoby materialne oraz intelektualne, a po drugie wskazują na sposób i wartość wyceny przez Odwołującego wybranych czynników i zasobów, co jest informacją istotną dla konkurencji, gdyż daje wiedzę o tym w jaki sposób Odwołujący buduje ofertę i kalkuluje cenę, jakie elementy i na jakim poziomie wartościowym przy tym uwzględnia.

Z punktu widzenia Odwołującego szczególnie groźna jest sytuacja ujawnienia informacji o posiadanych przez Odwołującego zasobach wraz z informacjami o wycenie wszystkich lub części z nich. Konkurencja uzyskuje wówczas bowiem pełny obraz o zasobach dostępnych Odwołującemu oraz tym, które z ich są wyceniane (szacowane) przez Odwołującego w przy kalkulacji ceny i w jaki sposób (jako koszt czy jako oszczędność). Powyższemu nie uchybia, iż Zamawiający zdecydował o nieujawnianiu samych wartości oszacowanych przez Odwołującego, albowiem nie tylko wartość, ale sam fakt posiadania określonych zasobów oraz wzięcia ich pod uwagę przy szacowaniu oszczędności (albo właśnie - nie wzięcia pod uwagę) stanowi wiedzę, która może być wykorzystywana przez konkurencję. Nie można również zgodzić się z Zamawiającym, że

„powołanie się na fakt posiadania doświadczenia czy wyspecjalizowanej kadry oraz sprzętu i oprogramowania niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia, który jest wspólny dla wszystkich wykonawców; którzy przeszli do kolejnego etapu niniejszego postępowania” świadczy o braku charakteru poufnych tych informacji. Przede wszystkim powołał się na stanowisko doktryny, zgodnie z którym dla uznania jakiejś informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa bez znaczenia jest kwestia, czy posiadana informacja cechuje się nowością lub oryginalnością (E.N., M. D. V. Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2001, str. 89). Ponadto podniósł, że ze względu na niepowtarzalność cech przedsiębiorców i różnorodnych zagrożeń, wynikających z lokalizacji danego podmiotu, specyfiki jego działalności, dotychczasowej strategii prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie budowania przewagi konkurencyjnej jak również współpracy z innymi podmiotami, itp., nie można wskazać uniwersalnego wykazu rodzajów informacji stanowiących bądź nie tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie ma więc podstaw twierdzenie, że pewien zespół cech (zasobów, stosowanych metod organizacji), nawet jeżeli jest charakterystyczny dla określonej kategorii przedsiębiorców, nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Wręcz przeciwnie - zauważył, że na rynku o wysokiej konkurencji (a z taką niewątpliwie mamy do czynienia w tym wypadku) każda, nawet niewielka, odmienność w organizacji przedsiębiorcy, może stanowić o jego przewadze konkurencyjnej. Przy czym odmienność ta może się wyrażać zarówno w posiadaniu określonego zasobu (typowego bądź nietypowego dla danej grupy przedsiębiorców) jak i braku takiego zasobu. Wiedza o takiej odmienności stanowi „towar” poszukiwany na rynku, zarówno w celu uniknięcia przez konkurencję własnych kosztów, jak i w celu wykorzystania „słabych” punktów rywali do walki o rynek.

Zamawiający w dniu 07.03.2017 r. (faxu) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 15.03.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez p.o. Zastępcy Dyrektora D. M. osoba umocowana zgodnie z informacjami wynikającymi z dokumentacji postępowania przesłanej w kopii do Prezesa KIO. Stwierdził, że po powzięciu wiadomości, iż informacje których dotyczy odwołanie, tj.:

1) zawarte w Zał. nr 1 do pisma z 23.01.2017r. od lit. a) - poczynając od słowa: „a) wewnętrzne...”, do lit. h) - kończąc na słowie: „... Informacji.”

2) zawarte w Zał. nr 2 do pisma z 23.01.2017r. na:

o str. 16 - 17 wszystkie tiret, tj. poczynając od słów „Wykonawca dysponuje:” na str. 16 i kończąc na słowach: „...w znanym środowisku” na str. 17

o str. 17 od słów „Posiadany przez wykonawcę know-how...” do końca 17 str., tj. do słów: „...niniejszego postępowania cenami.”, były przedmiotem rozpoznania przez KIO w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt: KIO 2322/16 z 21.12.2016 r. i zostały uznane za podlegające ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości i wnosi o umorzenie postępowania.

W dniu 15.03.2017 r. w związku z postanowieniem Izby z 10.03.2017 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron. Nikt się nie stawił. Strony prawidłowo powiadomione. Dowody w aktach postępowania.

Uwzględniając przywołane powyżej uwzględnienie w całości odwołania, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 418/17 na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron. Nikt się nie stawił.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 14) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.



**Przewodniczący:**

.....