

POSTANOWIENIE

z dnia 26 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu w Warszawie w dniu **26 listopada 2015 r.** na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 listopada 2015 r.** przez wykonawcę: **DahliaMatic Sp. z o.o., ul. Gottlieba Daimlera 2, 02-460 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-175 Warszawa**, przy udziale wykonawcy:

A. ITC S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie wykonawcy **DahliaMatic Sp. z o.o., ul. Gottlieba Daimlera 2, 02-460 Warszawa.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **DahliaMatic Sp. z o.o., ul. Gottlieba Daimlera 2, 02-460 Warszawa,**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **DahliaMatic Sp. z o.o., ul. Gottlieba Daimlera 2, 02-460 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

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

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zakup usługi utrzymania i asysty dla Informatycznego Systemu Obsługi Budżetu Państwa Trezor” numer postępowania: C/322/15/IU/B/371”, (ogłoszonym 22.07.2015r. w Dzienniku Urzędowym WE pod nr 2015/S 139-257016), w dniu 19 listopada 2015 r. zostało wniesione pisemne odwołanie przez wykonawcę: DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Ministerstwu Finansów - poprzez dokonanie następujących czynności i zaniechań - naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 ze zm.), dalej „ustawy Pzp”, tj.:

1. naruszenie przepisu art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia:
 - a. pełnej treści wezwania do wyjaśnień wykonawcy ITC S.A. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z dnia 2.11.2015 r. i wyjaśnień złożonych przez ITC w odpowiedzi na to wezwanie,
 - b. zastrzeżonych części wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
 - c. zastrzeżonych części Wykazu usług,
 - d. zastrzeżonych części Wykazu osób,- złożonych przez ITC S.A., które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa,
2. naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie do wyjaśnień treści oferty ITC S.A., które prowadzi do istotnej i niedopuszczalnej zmiany treści oferty.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. odtajnienia pełnej treści wezwania do wyjaśnień wykonawcy ITC S.A. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z dnia 2 listopada 2015 r. oraz odpowiedzi ITC na to wezwanie, części wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, części Wykazu usług, części Wykazu osób złożonych przez ITC S.A., w zakresie, który nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa,
2. unieważnienia czynności wezwania ITC S.A. do wyjaśnień treści złożonej oferty.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która w wyniku badania i oceny ofert uplasowała się na drugim miejscu za ITC S.A. Stwierdził, iż upatruje swój interes określony w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp w tym, że zamawiający poprzez zaniechanie czynności odtajnienia wskazanych powyżej części oferty ITC S.A. i wyjaśnień, w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców ogranicza możliwość odwołującego zweryfikowania jej prawidłowości. Ponadto wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp skierowane do ITC S.A. i odpowiedź na nie udzielona przez ITC S.A., w istotny sposób zmienia treść złożonej oferty, co zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Uznał za bezprawne zaniechanie odtajnienia treści oferty i wyjaśnień ITC S.A., a także za bezprawną istotną zmianę treści oferty dokonaną w wyniku wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy ITC S.A., co może doprowadzić do braku możliwości uzyskania przez odwołującego przedmiotowego zamówienia, i co wskazuje na fakt, że DahliaMatic może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wyjaśniał, że informację o podstawie do wniesienia odwołania powziął w dniu 9 listopada 2015 r., kiedy dokonał wglądu do dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Zarzut zaniechania odtajnienia pełnej treści wezwania do wyjaśnień wykonawcy ITC S.A. z dnia 2 listopada 2015 r. i odpowiedzi ITC na to wezwanie, części wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, części Wykazu usług i części Wykazu osób złożonych przez ITC S.A., które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa

Odwołujący stwierdził, iż złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która w wyniku badania i oceny ofert uplasowała się na drugim miejscu za ITC S.A. Odwołujący w dniu 9 listopada 2015 r. dokonał wglądu do protokołu postępowania wraz z załącznikami w tym wglądu w korespondencję wymienianą pomiędzy zamawiającym a wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu. Odwołującemu nie została jednak udostępniona treść wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Wykaz usług i Wykaz osób, a także część treści wezwania do wyjaśnień wykonawcy ITC S.A. z dnia 2.11.2015 r. i treść wyjaśnień ITC złożonych w odpowiedzi na to wezwanie. Wobec powyższego odwołujący na tym fakcie opierał zarzut naruszenia przepisu art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia przynajmniej części powyższych oświadczeń wykonawcy ITC S.A., które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący powołał się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych, zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu, w której podkreślono rangę podstawowej zasady, jaką jest jawność postępowania, od której odstępstwa muszą podlegać bardzo wnikliwej kontroli. UZP wskazał, że *„Rzeczywista jawność i przejrzystość działania zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są sposobami ograniczenia zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych. Stosownie do treści art. 96 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej "ustawa Pzp", oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, o których mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załącznik do protokołu. Zgodnie zaś z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny, zaś załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty są jawne od chwili ich otwarcia z wyjątkiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł że nie mogą być one ogólnie udostępnione."*

Odwołujący zaznaczał, że definicja prawna tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta jest w przepisie 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."* Ustawa uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa tylko takie informacje, które łącznie spełniają trzy przesłanki:

- są nieujawnione do wiadomości publicznej,
- posiadają wartość gospodarczą (na przykład informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa)
- przedsiębiorca podjął co do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Za oczywiste więc uznał, że treść wezwania zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez ITC, a także Wykazu usług i Wykazu osób nie posiada w całości waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Taką właściwość być może posiadają pojedyncze elementy wyjaśnień i oświadczeń, jednak większość elementów, po przesłonięciu danych istotnie wrażliwych dla wykonawcy, powinny zostać udostępnione pozostałym wykonawcom, aby umożliwić zapoznanie i weryfikację prawidłowości lub jej braku, skalkulowania ceny ofertowej i spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego dokonanie przez ITC S.A. zastrzeżenia jawności części oferty i wyjaśnień było, i jest bezpodstawne. Zawarte w dokumentach informacje nie realizują bowiem łącznie ww. przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05), zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zarzut zaniechania odtajnienia części wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odwołujący oparł na następującej argumentacji.

Wskazał, że ITC S A. w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie pobieżnie odniósł się do wartości gospodarczej informacji zastrzeganych, pomijając konieczność wykazania tego niezbędnego elementu. Na konieczność takiego wykazania zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 stycznia 2015 roku KIO 2784/14: *„Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać m. in. że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającego pewną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości”*. Za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz - a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Skoro ITC S.A. nie wykazał tej niezbędnej przesłanki, a wskazane dane można wykorzystać tylko w przedmiotowym postępowaniu, już samo to, według odwołującego, jest podstawą bezzasadności uznania przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia złożonych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący pozostawał na stanowisku, że zamawiający naruszając powyżej przywołane przepisy zaniechał w szczególności udostępnienia następujących obszarów wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny:

1. które usługi z oferty zostały opisane w poszczególnych wyjaśnieniach przez wykonawcę ITC S.A.,
2. informacji oraz dowodów o uwzględnieniu w wycenie wszystkich elementów kosztotwórczych - same elementy nie są charakterystyczne,

3. wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy ITC S.A. - większość z takich warunków ma charakter wiedzy powszechnie dostępnej, zwłaszcza jeżeli wykonawca w wyjaśnieniach powołuje się na doświadczenia zdobyte w innych kontraktach – doświadczenie, które może mieć wpływ na obniżenie ceny ofertowej mogło zostać zdobyte jedynie w publicznych - jawnych kontraktach z uwagi na specyfikę przedmiotowego zamówienia,

4. kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3- 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę - ponieważ taki obowiązek wynika z ogólnie obowiązujących przepisów,

5. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów - ponieważ fakt udzielenia pomocy publicznej jest informacją o charakterze jawnym.

Zarzut zaniechania odtajnienia części Wykazu usług, odwołujący oparł na następującej argumentacji.

Odwołujący wskazywał, że informacje zawarte w Wykazie usług nie mają wartości uzasadniającej utajnienie - nie są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, czy też inne, które posiadałyby jednocześnie wartość gospodarczą. A to ze względu na fakt, że zawierają wyłącznie dane o dacie wykonania oraz podmiocie zamawiającym. Co więcej, skoro mają one potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ - to przedmiotowy Wykaz zawiera *de facto* powtórzenie treści SIWZ.

Wykonawca ITC S.A. podkreśla, że projekty zawarte w przedłożonym Wykazie usług - wykonane były na rzecz podmiotów prywatnych. Nawet w takiej sytuacji nie można przyjmować bezkrytycznie skuteczności objęcia całości wykazu tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone w wyroku z dnia 4 marca 2011 roku sygn. akt KIO 322/11: *„Izba ocenia również, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz podmiotów prywatnych nie może być uznane per se za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie. Izba uznała, że ogólność danych wynikających z dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz PKN Orlen oraz P4 Sp. z o.o. nie wskazuje na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony know-how, których uzyskanie przez innych wykonawców narażałoby interesy przystępującego na szwank. Rezultaty postępowania przed Izbą nie prowadzą do takich wniosków. Brak jest zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenia ich kontroli przez konkurujących wykonawców. Twierdzenie o wartości gospodarczej informacji zastrzeganych stanowi jedynie subiektywne oświadczenie wykonawcy pozbawione obiektywnej argumentacji”*.

W ocenie odwołującego charakter wymaganych w SIWZ danych, jakie należy podać w Wykazie i dokumentach potwierdzających ich należyte wykonanie, ma walor na tyle ogólny, iż nie sposób przyjąć, by ich udostępnienie mogło naruszyć tajemnicę przedsiębiorstwa ITC S.A. w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaznaczał, że charakter informacji zawartych w Wykazie uniemożliwia objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa - nie posiadają one bowiem charakteru handlowego czy organizacyjnego (jak wskazał ITC w uzasadnieniu utajnienia). Dotyczy to takich danych, jak data realizacji zamówienia, wartość kontraktu czy przedmiot zamówienia spełniający postawiony warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący podał, że pogląd powyższy podzielił Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 3 listopada 2008 r. sygn. akt V Ca 2037/08, w który stwierdził, iż: *„informacje dotyczące wartości zamówienia, jak i daty realizacji, wynikają pośrednio z warunku określonego przez Zamawiającego. A jeśli tak, to wykonawca nie mógł skutecznie zastrzec ich poufności, a z kolei zamawiający - obowiązany do stwierdzenia tegoż - nie mógł ich nie ujawniać (art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).”*

Zarzut zaniechania odtajnienia części Wykazu osób i pełnej treści wezwania do wyjaśnień z dnia 2.11.2015 dotyczącego treści Wykazu osób oraz wyjaśnień ITC S.A. w odpowiedzi na to wezwanie, odwołujący oparł na następującej argumentacji.

Informacje zawarte w Wykazie osób są informacjami, które nie dotyczą wykonawcy ITC S.A., ale są informacjami dotyczącymi poszczególnych wskazanych w tabeli osób fizycznych. Wykaz osób zawiera bowiem wyłącznie informacje o wykształceniu i doświadczeniu poszczególnych specjalistów. Informacje te, w mniemaniu odwołującego, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa ITC S.A., gdyż w ogóle nie dotyczą tego przedsiębiorstwa. Tym samym nie mogą zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica ITC S.A. Tak też orzekła Krajowa Izba odwoławcza w wyroku z dnia 19 stycznia 2014 roku sygn. akt 2784/14: *„Wskazać należy w pierwszej kolejności, że wszyscy trzej wykonawcy podnosili w swych wyjaśnieniach, że w wykazie zawarte są dane o doświadczeniu specjalistów wraz ze wskazaniem inwestycji w trakcie których doświadczenie zostało zdobyte, Należy jednak zaznaczyć, że to jakie doświadczenie posiadają określone osoby fizyczne, w realizacji jakich inwestycji uczestniczyli jest ich własną sprawą, podlegającą ich wytycznej dyspozycji, pozostającą poza wykonawcą. Dysponentem tej informacji jest zatem posiadacz tego doświadczenia, przy czym sam fakt jego posiadania nie może być uznany za informację nieujawnioną do wiadomości innych osób skoro posiadacz określonego doświadczenia może się na nie powoływać. Trudno też zaakceptować pogląd, że specjaliści wskazani w wykazie nie komunikują swojego doświadczenia i wiedzy na zewnątrz. Naturalnym bowiem jest, że osoby te upowszechniają swoje zawodowe osiągnięcia bądź te w pracy naukowej, publikacjach bądź to w celu uzyskania kolejnych zleceń. Trudno więc uznać, że informacja o*

doświadczeniu zawodowym danego specjalisty jest informacją poufną, do której dostęp ma ograniczona i określona liczba osób. Dlatego też w ocenie Izby fakt, że w wykazie osób zamieszczone są informacje o nazwie inwestycji, w trakcie której zostało nabyte doświadczenie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, a dysponentem tej informacji jest dany specjalista, nie zaś wykonawca, który sporządził wykaz."

Według wiedzy odwołującego wykonawca ITC S.A. zatrudnia na umowę o pracę zaledwie kilka osób. Zatem osoby, które zostały wskazane w Wykazie osób stanowią przypuszczalnie specjalistów posiadających własną działalność gospodarczą, które to osoby są zatrudniane przez różne firmy informatyczne na potrzeby konkretnych kontraktów. Skutkiem tej sytuacji jest, że tacy specjaliści powszechnie udostępniają swoje dane, w tym informacje o posiadanej wiedzy i doświadczeniu, przykładowo chociażby na portalu www.linkedin.pl czy www.goldenline.pl. Zamawiający nie powinien bezkrytycznie przyjmować zasadności zastrzeżenia jawności Wykazu osób, a sprawdzenie takie powinno obejmować właśnie weryfikację, czy dane zawarte w Wykazie osób nie funkcjonują już w domenie publicznej, jaką jest internet.

Zarzut dokonania istotnej zmiany treści oferty wykonawcy ITC S.A. w wyniku wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący poparł następującą argumentacją.

Podnosił, iż dane zawarte w Formularzu ofertowym złożonym przez ITC S.A. są wzajemnie sprzeczne. Ww. Formularz załączył do niniejszego odwołania. Po podpisaniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie złożonych ofert, do zamawiającego mogą wpłynąć dwie faktury:

- faktura o wartości 19 024 390,24 netto + 23% VAT = 23 400 000 brutto
- faktura o wartości 19 024 390,24 netto i 23 400 000 brutto

W drugim przypadku wybór oferty, będzie prowadził do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów.

Zamawiający pismem znak C/322/15/IU/B/371 wezwał ITC do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczących sprzeczności w Formularzu ofertowym złożonym przez ITC S.A. Pomimo, iż wykonawca ten zawarł w Formularzu ofertowym sprzeczne względem siebie informacje tj. wskazał „Całkowitą cenę oferty Brutto” w wysokości 23 400 000 złotych. Jednocześnie zamawiający w piśmie podniósł, że Wykonawca wskazał wartość bez kwoty podatku w wysokości 19 024 390,24 zł, co zdaniem Zamawiającego „wskazuje, że Wykonawca nie przewidywał, że jego oferta spowoduje powstanie u Zamawiającego obowiązku podatkowego, gdyż w przeciwnym wypadku nie

podalby ceny brutto, gdyż tę cenę wylicza już Zamawiający.” Według odwołującego zamawiający pominął fakt, że wskazanie wartości netto w miejscu, w którym dokonała tego ITC S.A. wskazuje właśnie na fakt, że wykonawca wskazał wartość dostawy lub świadczenia, które będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług.

Podnosił, iż pytanie zamawiającego w sposób wybiórczy traktuje zapisy Formularza ofertowego. *„Wartość bez kwoty podatku w wysokości 19 024 390,24 zł”* znajdowała się w części Formularza dotyczącej sytuacji, gdy wybór oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego (o ile dotyczy). Zapis *„(o ile dotyczy)”* oznaczał, że tą część Formularza wykonawcy mieli obowiązek wypełnić jedynie w sytuacji, w której wybór oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego. Opis pola do wskazania wartości netto nawiązuje bezpośrednio do lewej strony tabeli oznaczonej w następujący sposób: *„wskazanie nazw (rodzajów) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami od towarów i usług (o ile dotyczy)”*.

Natomiast kolumna, w której ITC S A. wpisało wartość 19 024 390,24 zł nawiązuje bezpośrednio do tych towarów lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług.

Cześć Formularza ofertowego, który stanowi Załącznik A do SIWZ. Czy wybór oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego TAK/NIE (wybrać odpowiednie).

W przypadku, gdy wybór oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego (o ile dotyczy) wskazanie nazw (rodzajów) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług (o ile dotyczy) wskazanie ich wartości bez kwoty podatku w zł.

Wykonawca ITC S.A. w dwóch miejscach Formularza ofertowego wskazał, iż wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego: pozostawiając słowo TAK oraz wskazując wartość towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług bez kwoty podatku w wysokości 19 024 390,24 zł.

Zamawiający w wezwaniu podniósł również, że *„Wykonawca nie wskazał nazwy ani rodzaju towaru, którego dostawa lub świadczenie będzie prowadziło do powstania w*

Zamawiającego obowiązku podatkowego, choć byłby do tego zobowiązany, gdyby taki podatek istniał". W związku z powyższym zamawiający wezwał wykonawcę ITC S.A. do „wyjaśnienia sprzeczności powstałych w Formularzu ofertowym i wskazanie, czy wpisana odpowiedź „TAK” przy zapytaniu o powstanie u Zamawiającego obowiązku podatkowego była omyłką, czy też według ITC S.A. usługa będąca przedmiotem oferty podlega tzw. „odwrotnemu obciążeniu” podatkiem od towarów i usług.”

W przekonaniu odwołującego, zamawiający wezwał wykonawcę ITC S.A. do dokonania wyjaśnień oferty, które prowadziły do dokonania zmiany jej treści i nie są dopuszczalne na podstawie art. 87 ust. 1 a i 2 ustawy Pzp. Niedopuszczalne jest bowiem prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczącej złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek jej zmiany, a z taką sytuacją w przedmiotowej sprawie według odwołującego - mamy do czynienia.

Za oczywiście niedopuszczalne poczytał odwołujący poprawienie oferty ITC S.A. na podstawie jednego z przepisów art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Ustawodawca nie stworzył definicji legalnej pojęcia „omyłka”, zatem dla przeprowadzenia rozważań odnośnie przesłanek zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp należy posłużyć się wykładnią językową oraz dorobkiem orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych i Sądu Najwyższego, jak zaznaczał odwołujący. Zgodnie z definicją słownikową - omyłka to «sposób, sąd niezgodny z rzeczywistością, niewłaściwe postępowanie, posunięcie» (Słownik języka polskiego PWN).

Omyłka pisarska została zaś trafnie zdefiniowana w wyroku KIO z dnia 10 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 265/08; *„(...) oczywistą omyłką pisarską jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka w tekście. Za oczywistą omyłkę pisarską uznaje się również omyłkę, która nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów, stanowiących zawartość treści oferty”*. Podobnie w wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 11/09; *„(...) Oczywista omyłka pisarska polega w*

szczegółności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej.”

Przesłanką do zakwalifikowania omyłki w treści oferty jako omyłki pisarskiej w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest jej „oczywisty charakter”. Zgodnie z wyrokiem KIO *„Oczywistość danej omyłki powinna bowiem nasuwać się każdemu bez potrzeby przeprowadzania jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie”* (KIO/UZP 5/09). Teza jest podyktowana zakazem prowadzenia negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w odniesieniu do treści oferty, które prowadziłyby do zmiany treści oferty. Wyjątkami od tej zasady są przepisy art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Pzp, które umożliwiają sprecyzowanie i doprecyzowanie treści ofert w postępowaniach prowadzonych w trybie dialogu konkurencyjnego oraz poprawianie omyłek (ust. 2). *„Porozumiewanie się w tej mierze zamawiającego z wykonawcą stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty (art. 87 ust. 1 zdanie 2 ab initio ustawy Pzp) (...) „oczywistość” omyłki rachunkowej winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty.”* - wyrok KIO/UZP 11/09. W przedmiotowej sprawie zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty, zatem nie potrafił sam rozstrzygnąć powstałych wątpliwości.

Oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach, zatem w przedmiotowej sprawie omyłka rachunkowa nie będzie miała zastosowania.

Inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Trzecia grupa omyłek to omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Możliwość ich poprawiania wprowadzona została nowelizacją ustawy Pzp, która miała miejsce w 2008r. Celem tej regulacji - jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu tej ustawy - było umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Intencją ustawodawcy było usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, zmniejszenia liczby odrzuconych ofert i unieważnienia postępowań. Z analizy orzecznictwa wynika, że cel powyższej regulacji został osiągnięty, bowiem liczba ofert odrzucanych, z powodu omyłek w ich treści, uległa znacznemu zmniejszeniu.

Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ocenie odwołującego uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

a) po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie: *„artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.*

wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp",

b) po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Z uwagi na fakt, że wykonawca ITC S.A. dwukrotnie potwierdził w Formularzu oferty, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, zatem odwołujący założył, że nie można zakwalifikować działania ITC jako omyłkowego. ITC S.A. nie zrozumiało treści Formularza ofertowego i wypełniło go w sposób błędny, co uniemożliwia konwalidowanie treści tej oferty i uznanie jej za prawidłową. Wykonawcom, którzy mieli wątpliwości w zakresie sposobu wypełniania Formularza ofertowego przysługiwało zadawanie pytań do treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 20 listopada 2015 r. za pomocą faksu, pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom złożył wykonawca ITC S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa - po stronie zamawiającego.

Zgłaszający przystąpienie wnosił o oddalenie odwołania oraz stwierdził, że jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania przetargowego i posiada interes w popieraniu stanowiska zamawiającego w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na korzyść zamawiającego, bowiem odwołanie dotyczy zaniechania przez zamawiającego odtajnienia części dokumentów załączonych przez niego do oferty, i objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Interes uczestnika postępowania w przystąpieniu do odwołania po stronie zamawiającego polega na tym, iż uwzględnienie odwołania spowoduje ujawnienie tajemnicy jego przedsiębiorstwa oraz unieważnienie czynności wezwania uczestnika postępowania do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, czym zostanie wyrządzona mu szkoda. Nadto podał.

„Zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia tak faktycznego, jak i prawnego. Zamawiający nie zakończył jeszcze badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie zakończył również badania skuteczności zastrzeżenia informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz badania i oceny złożonych przez Uczestnika postępowania wyjaśnień. (...). Nie zasługują na uwzględnienie zarzuty dotyczące nieudostępnienia załączników do protokołu postępowania (treści wezwania i odpowiedzi na wezwanie) z uwagi na to, iż

załączniki te udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, a takiej czynności na gruncie niniejszego postępowania Zamawiający jeszcze nie dokonał. Z uwagi na nie zakończenie badania i oceny ofert trudno też jest wykazać przez Odwołującego zaistnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, nie ma bowiem pewności co do faktu zajmowania przez niego drugiej pozycji w rankingu czy też nawet pewności, że jego oferta nie zostanie odrzucona. Innymi słowy do czasu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiającemu nie można zarzucać naruszenia przepisów Pzp w zakresie podniesionym przez Odwołującego.

Reasumując, odwołanie wniesione przez Odwołującego jest przedwczesne. Brak jest bowiem podstaw do wniesienia odwołania w sytuacji, gdy brak jest ostatecznej decyzji Zamawiającego co do skuteczności zastrzeżenia przez Uczestnika postępowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz oceny wyjaśnień złożonych przez Uczestnika postępowania w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.”

Izba stwierdziła, że przesłanki przystąpienia do postępowania odwoławczego, wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane przez wykonawcę ITC S.A. z siedzibą w Warszawie.

W odpowiedzi na pismo znak: UZP/DO/MP/20923/25156/15 Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, udzielonej pismem z dnia 24 listopada 2015 r., zamawiający podał, że: „Ministerstwo Finansów uprzejmie informuje, że w przedmiotowym postępowaniu NIE DOKONANO WYBORU OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ.”

W pierwszej kolejności, skład orzekający Izby na podstawie § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. j.t. z 2014 r., poz. 964), dokonuje na posiedzeniu niejawnym niezbędnych czynności formalnoprawnych i sprawdzających. W zależności od poczynionych ustaleń faktycznych w tym zakresie, skład orzekający, między innymi wydaje postanowienie o odrzuceniu odwołania.

Izba na posiedzeniu bez udziału stron i uczestnika w oparciu o fakty podane przez odwołującego w treści odwołania, stanowisko zamawiającego w informacji z dnia 24 listopada 2015 r. oraz udostępnioną przez zamawiającego dokumentację postępowania przetargowego ustaliła, że:

- 1) Do wyznaczonego terminu składania ofert 5 października 2015 r. złożonych zostało 6 ofert, w tym oferta odwołującego DahliaMatic Sp. z o.o. oraz przystępującego wykonawcy ITC S.A.
- 2) Odwołujący zwracał się w dniu 6 i 12 października 2015 r. o wyznaczenie terminu do wglądu do dokumentacji dotyczącej przedmiotowego przetargu.

- 3) Zamawiający w dniu 30 października 2015 r. wyznaczył odwołującemu termin wglądu w dokumentację na dzień 9 listopada 2015 r.
- 4) Odwołujący przyznał, że dnia 9 listopada 2015 r. dokonał wglądu do dokumentacji przedmiotowego postępowania.
- 5) Zamawiający w dniu 20 października 2015 r. zwrócił się do przystępującego wykonawcy ITC S.A. o uzupełnienie Wykazu usług, Wykazu osób, złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oraz o wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp treści formularza ofertowego.
- 6) Wykonawca ITC S.A. złożył żądane dokumenty i wyjaśnienia w dniu 26 października 2015 r. oraz objął je klauzulą tajności.
- 7) Na wezwanie zamawiającego z dnia 2 listopada 2015 r. przystępujący ITC S.A. udzielał dalszych wyjaśnień w zakresie Wykazu osób.

Wykonawca ITC S.A., zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przedstawił uzasadnienie dla zastrzeżenia Wykazu usług, Wykazu osób oraz wyjaśnień w zakresie ceny oferty, udzielonych na wezwanie zamawiającego - jako tajemnicy jego przedsiębiorstwa.

Zamawiający dotychczas nie ocenił zasadności dokonanego zastrzeżenia. Okoliczności powyższe potwierdza treść korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w odniesieniu do udostępnienia dokumentów oferty wykonawcy ITC S.A., w przesłanej Krajowej Izbie Odwoławczej dokumentacji postępowania przetargowego. Zamawiający nie wykonywał żadnych decyzyjnych czynności oceny ofert w tym postępowaniu.

Reasumując, zamawiający nie poinformował odwołującego o odmowie odtajnienia zastrzeżonych dokumentów wykonawcy ITC S.A. z siedzibą w Warszawie, ponieważ jeszcze nie dokonał oceny oferty firmy ITC S.A., w tym pod kątem zasadności zastrzeżenia dokumentów Wykazu usług, Wykaz osób oraz wyjaśnień elementów ceny, złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ani nie ustalił wyniku postępowania przetargowego. W tym nie dokonał oceny oferty przystępującego ITC S.A. wraz ze złożonymi wyjaśnieniami w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do podanego obciążenia podatkiem VAT w odnośnych pozycjach formularza ofertowego.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, że odwołanie zostało złożone przedwcześnie. Przesłanki formalne pozwalające na wniesienie odwołania, a także zasadność zgłoszonych zarzutów oraz interes wykonawcy - jeżeli zachodzą podstawy do merytorycznego rozpoznania odwołania, Izba ustala na dzień złożenia odwołania, uwzględniając przy wydaniu wyroku, stosownie do art. 191 ust. 2 ustawy Pzp - stan rzeczy

ustalony w toku postępowania. Orzeczenie Izby zawsze odnosi się do czynności i zaniechań zamawiającego, które odwołujący podał w odwołaniu, jako powód jego wniesienia.

Wybór oferty w tym postępowaniu nie został jeszcze dokonany. Zamawiający w ogłoszeniu, podał minimalny okres związania ofertą wynoszący 60 dni od ustalonej daty składania ofert. W tym też okresie zamawiającego obciąża powinność weryfikacji złożonych ofert, wyjaśnień i uzupełnień, w tym również skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wyboru oferty najkorzystniejszej, o ile nie dojdzie do dalszego przedłużenia okresu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

Z samej definicji ustawowej należało zatem przyjąć, iż zamawiający jest w trakcie czynności badania ofert, które wpłynęły w przetargu.

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 8 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie, a więc w sytuacji przewidzianej w ust. 3 art. 8 tej ustawy. W systemie zamówień publicznych pojęcie „oferta” bywa również traktowane funkcjonalnie i odnosi się do pisemnego oświadczenia woli wykonawcy (oferty) oraz składanych wraz z tym oświadczeniem załączników. Stosownie zatem do art. 96 ust. 3 Pzp od chwili otwarcia, udostępnia się oferty złożone przez wykonawców wraz ze wszystkimi załącznikami.

Należało jednak zważyć, iż jawność ta doznaje ograniczeń z mocy samej ustawy, tj. art. 8 ust. 3 Pzp, mówiącego, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert (...) zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.

Z kolei art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), stanowi, że pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zgodnie ze wskazaniem uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta informacji.

Zamawiający w toku badania tych kwestii, ocenia zasadność złożonego zastrzeżenia w świetle odnośnych przepisów z uwzględnieniem uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę w dokumentacji oferty, lub przy złożeniu dalszych dokumentów lub wyjaśnień. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, tj. nazwy, adresu, terminu wykonania, okresu gwarancji i warunków płatności. Nie można również zastrzec tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do cen, za które wykonawca podejmuje się realizacji zamówienia.

Wykonawca ITC S.A. nie zawarł w dokumentacji swojej oferty Wykazu usług, ani Wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie. Wymienione wykazy uzupełnił drogą korespondencyjną na wezwanie zamawiającego w dniu 26 października 2015 r. wraz z dalszymi żądanymi przez zamawiającego wyjaśnieniami, z zastrzeżeniem, że stanowią one tajemnicę jego przedsiębiorstwa i nie mogą być ujawniane.

Postanowienia art. 96 ust. 2 ustawy Pzp stanowią, że oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Mimo, że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny, to przepis ten dozwala na udostępnianie załączników do protokołu dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, lub po unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia.

Pewne odstępstwo w wymienionym zakresie, dopuszcza przepis szczególny zawarty w § 5 ust 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458), który mówi o tym, że w celu zapewnienia sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający w wyjątkowych wypadkach udostępnia oferty lub przesyła ich kopie w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż w dniu przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Prawo dopuszcza, zatem takie działania zamawiającego, ażeby nawet oferty zostały udostępnione nie od chwili ich otwarcia - jak stanowi art. 96 ust. 3 Pzp, ale w późniejszym terminie podyktowanym względami organizacyjnymi zamawiającego, najpóźniej w dniu przesłania informacji o wyborze oferty.

Izba podziela stanowisko, że nawet gdyby przyjąć, iż oferty winny być udostępnione niezwłocznie od chwili ich otwarcia - to jedynie w zakresie nieujawnionym. Odwołujący przyznał, że miał możliwość zaznajomić się z niezastrzeżoną częścią oferty konkurencyjnej firmy ITC S.A. w dniu 9 listopada 2015 r. Udostępnianie w pozostałym zakresie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jeżeli zamawiający stwierdzi do tego podstawy - nie oznacza natychmiastowo, ale w takim terminie bez nieuzasadnionej zwłoki, w jakim

dokonanie tej czynności jest obiektywnie możliwe w normalnym toku prac komisji przetargowej i kierownika zamawiającego, albowiem pojęcie „niezwłocznie” nie oznacza natychmiast. Określenie „niezwłocznie” oznacza termin realny, mający na względzie okoliczności danego miejsca i czasu.

Szczególnego podkreślenia wymagało, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust. 1 tej ustawy dozwala na wnoszenie środków ochrony prawnej od czynności zamawiającego lub zaniechania czynności nakazanych ustawą. Nie stanowi, zatem podstawy do wniesienia odwołania w terminie zakreślonym art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp sam fakt, że którykolwiek z wykonawców złożył ofertę z zastrzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa, lub zastrzegł jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, dalsze dokumenty przedkładane jako uzupełnienie oferty, lub też wyjaśnienia składane na wezwanie zamawiającego, co odwołujący stwierdził 9 listopada 2015 r.

Zamawiający w dacie złożenia ofert, nie ma obowiązku natychmiastowego ich zbadania, w tym podjęcia decyzji, co odtajnieniu określonych dokumentów. Z uwagi na zróżnicowany zakres danych, objętych wymienionymi dokumentami zawartymi w ofercie, czynności zamawiającego związane z badaniem ofert, w tym także związane z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach, wymagają odpowiedniego czasu. Zamawiający winien analizować dane i ustalać, które z nich spełniają kryteria informacji utajnionych - w oparciu o uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę. Nie sam, bowiem rodzaj dokumentu np. Wykaz wykonanych usług, czy wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie przesądza o możliwości jego utajnienia, lecz treść, którą dany dokument zawiera, przy uwzględnieniu również przedmiotu zamówienia.

Z tych względów Izba nie podziela poglądów, że terminem początkowym wniesienia odwołania na zaniechanie odtajnienia oferty wykonawcy przez zamawiającego jest następny dzień po dacie jej otwarcia, (w tym przypadku otwarcie ofert odbyło się dnia 5 października 2015 r.), czy też, jak liczył odwołujący - od daty 9 listopada 2015 r., tj. od udostępnienia oferty ITC S.A. z siedzibą w Warszawie, bez utajnionych dokumentów i wyjaśnień.

Nie świadczy to bowiem w ocenie Izby, o zaniechaniach zamawiającego, które otwierałyby termin na wniesienie odwołania. Odwołujący nie przedstawił też żadnej odpowiedzi zamawiającego, w której ten jednoznacznie wyraziłby swoje stanowisko, że żądanie odwołującego, co do odtajnienia oznaczonych dokumentów konkurenta - nie zostanie spełnione.

Zamawiający nie ocenił jeszcze wyjaśnień wykonawcy ITC S.A. w zakresie podatku VAT i podanej ceny i nie ustalił, czy prowadziły one do dokonania zmiany treści oferty, których niewątpliwie przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie dozwala, ani nawet nie powiadomił

zainteresowanego wykonawcy, że dokonał poprawy tej oferty w jakkolwiek sposób dopuszczony w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Termin wniesienia odwołania winien być liczony od daty podjęcia czynności przez zamawiającego wobec oferty wykonawcy ITC S.A., w tym ostatecznie przez dokonanie jej merytorycznej oceny, bez odtajnienia dokumentów, co dawałoby wyraz temu, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający uznał za zasadne.

Termin ten otwiera również udzielona wcześniej jednoznaczna odpowiedź przekazana w sposób wskazany w art. 27 ust. 1 Pzp, że zamawiający odmawia ujawnienia oznaczonych dokumentów w ofercie danego wykonawcy. Potwierdza to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2013 r. (sygn. akt: KIO 633/13), w którym Izba stwierdziła, co następuje: *„Dopiero w momencie, gdy zamawiający ogłasza, że zakończył badanie ofert wybierając ofertę najkorzystniejszą (lub unieważniając postępowanie), można uznać, że podjął też decyzję o nieujawnieniu zastrzeżonych informacji - od tego też momentu można wskazywać na jego zaniechanie. Odmienna jest sytuacja, w której wykonawca jeszcze przed ogłoszeniem wyniku postępowania wnosi o ujawnienie tych informacji, a zamawiający takiego ujawnienia odmawia i nie wskazuje, że odmowa ta wynika z tego, iż wciąż prowadzi czynności zmierzające do wyjaśnienia przyczyn zastrzeżenia informacji. W tym wypadku można mówić o czynności zamawiającego polegającej na odmowie udostępnienia informacji w wyniku powzięcia przez niego decyzji, że powinny one pozostać niejawne.”*

Przedwczesne są również zarzuty odwołującego, że doszło już do poprawienia oferty ITC S.A. na podstawie jednej z przesłanek przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W dokumentacji akt postępowania przetargowego brak dowodów - zawiadomienia wykonawcy ITC S.A. o dokonanej poprawie.

Izba podzieliła poglądy przystępującego ITC S.A. Zarzuty podniesione przez odwołującego, według stanu bieżącego - nie znajdują uzasadnienia tak faktycznego, jak i prawnego. Zamawiający nie zakończył jeszcze badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie zakończył również badania skuteczności zastrzeżenia informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz badania i oceny złożonych przez uczestnika postępowania wyjaśnień.

Nie podlegały też merytorycznemu rozpatrzeniu zarzuty dotyczące nieudostępnienia załączników do protokołu postępowania (treści wezwania i odpowiedzi na wezwanie) z uwagi na to, iż załączniki te udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, a takiej czynności na gruncie niniejszego postępowania zamawiający jeszcze nie dokonał. Reasumując, odwołanie wniesione przez odwołującego jest przedwczesne. Nie zachodzą podstawy do wniesienia odwołania w sytuacji, gdy brak jest ostatecznej decyzji zamawiającego co do skuteczności zastrzeżenia przez uczestnika postępowania

przetargowego określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz oceny wyjaśnień złożonych przez uczestnika postępowania w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, czy w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ich zaakceptowanie i poddanie danej oferty merytorycznej ocenie według wyznaczonych kryteriów.

Stosownie do postanowień art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Jak wynika z okoliczności przedstawionych przez samego odwołującego, zamawiający na dzień wniesienia odwołania (19 listopada 2015 r.), nie podjął żadnych czynności (zachowania w poufności, lub też odtajnienia) wobec dokumentów złożonych przez wykonawcę ITC S.A. z siedzibą w Warszawie ze względu na utajnione dokumenty Wykazu usług, Wykazu osób oraz udzielonych wyjaśnień w odniesieniu do ceny oferty, ani też nie pozostaje w zwłoce z tymi czynnościami, skoro nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i nie ustalił wyniku postępowania.

Nie polegają więc na prawdzie twierdzenia odwołującego, że „złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która w wyniku badania i oceny ofert uplasowała się na drugim miejscu za ITC S.A.” Dotychczas odbyła się bowiem czynność otwarcia ofert, z której odwołujący mógł ewentualnie powziąć wiadomość, że według ustalonych kryteriów oceny ofert (cena oraz termin usuwania błędów), oferta wykonawcy ITC S.A. o ile nie zostanie odrzucona - byłaby najkorzystniejsza.

Nie otwiera również drogi do wniesienia odwołania okoliczność, iż zamawiający wezwał wykonawcę ITC S.A. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz w odniesieniu do treści oferty, gdzie wobec tych właśnie dokumentów wyjaśnień - odwołujący powziął podejrzenie, że mogą one nie potwierdzać spełniania przez ofertę wykonawcy ITC S.A. istotnej treści SIWZ, lub w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o uzupełnione Wykazy, a informacje zawarte w poszczególnych dokumentach nie powinny podlegać utajnieniu, gdyż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa tegoż wykonawcy.

Izba nie może merytorycznie orzekać, jeżeli odwołanie dotyczy hipotetycznych czynności, czy też takich „zaniechań” zamawiającego, co do których podjęcia czynności termin jeszcze nie upłynął. Izba bowiem nie podejmuje czynności za zamawiającego, ale jedynie weryfikuje prawidłowość ich dokonania.

Domagając się uwzględnienia odwołania, najwyraźniej odwołujący uznaje i oczekuje, że Izba powinna zdecydować przed zamawiającym o tym, czy winien on dokonać ujawnienia zastrzeżonej części oferty wykonawcy ITC S.A. w zakresie Wykazu usług, Wykazu osób,

udzielonych wyjaśnień w zakresie ceny. Czy też Izba powinna ocenić przed zamawiającym, czy udzielone wyjaśnienia treści oferty nie wychodzą poza ramy art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz czy oferta ITC S.A. ewentualnie z powodu dostrzeżonych niejednoznaczności w zakresie podanego sposobu opodatkowania VAT - kwalifikowałby się do poprawy, lub nie, w którymkolwiek z dopuszczonych w ustawie Prawo zamówień publicznych trybów.

Zamawiający do chwili wniesienia odwołania nie ustosunkował się do żądań odtajnienia całości dokumentacji oferty ITC S.A. i nie przedstawił stanowiska, że odmawia odtajnienia tej dokumentacji. Dopiero po dokonaniu analizy i oceny złożonego uzasadnienia, zamawiający podejmie decyzję odnośnie tego, czy wskazane w odwołaniu dokumenty będą odwołującemu udostępnione. Odwołanie jest, więc i z tego względu przedwczesne.

Dopuszczalność odwołania oraz zasadność zarzutów odwołania Izba ocenia na moment jego wniesienia. Izba nie ma, zatem żadnych możliwości merytorycznego rozpatrzenia zarzutów odwołania, obejmujących odpowiedź na pytanie - czy oznaczone dokumenty w ofercie wykonawcy ITC S.A. powinny podlegać ujawnieniu - zgodnie z żądaniem wnoszącego odwołanie.

Odwołujący został dotychczas poinformowany jedynie o fakcie istnienia zastrzeżenia w ofercie firmy ITC S.A., że oznaczone dokumenty mają być traktowane jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający zatem nie dokonał żadnej tego rodzaju czynności (oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy w dokumentach wykonawcy ITC S.A., ani oceny merytorycznej treści tej oferty z uwzględnieniem wyjaśnień, ani też nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu), nie popadł też w stan zaniechania w przeprowadzeniu tych czynności jako nakazanych ustawą, które dawałyby podstawy do złożenia niniejszego odwołania w dacie 19 listopada 2015 r.

Analogiczne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w postanowieniu z dnia 15 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1380/14., z dnia 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1994/15.

Z powyższych względów Izba odrzuciła odwołanie, jako przedwczesne, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, stosując odpowiednio art. 1184 § 2 ustawy K.p.c. w związku z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, który stanowi, że sąd polubowny może z zastrzeżeniem przepisów ustawy, prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uzna za właściwy. Sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem.

Z kolei przepis art. 185 ust. 7 ustawy Pzp postanawia, że jeżeli ustawa nie stanowi inaczej stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. K.p.c. o sądzie polubownym (arbitrażowym). Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 189 ust. 2 tej ustawy oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu

odwołań (Dz. U. (Dz. U. j.t. z 2014 r., poz. 964) nie regulują kwestii postępowania z przedwcześnie wniesionym odwołaniem, zatem poprzez art. 1184 § 2 ustawy K.p.c. upoważniają Izbę do zastosowania przez analogię przepisów art. 189 ust. 2 w związku z art. 189 ust. 3 tej ustawy i odrzucenia na posiedzeniu odwołania, którego przedwczesne zarzuty, nie mogły być merytorycznie rozpatrzone na rozprawie.

Odrzucenie obecnego odwołania, jako iż postanowienie dotyczy rozstrzygnięcia formalnoprawnego - proceduralnego, nie zamyka odwołującemu drogi do ponownego zgłoszenia tych samych zarzutów, w odwołaniu wniesionym w odpowiednim terminie - zasadniczo po powiadomieniu w trybie art. 192 ustawy Pzp o wyborze najkorzystniejszej oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Na poczet kosztów postępowania Izba zaliczyła uiszczony wpis na podstawie § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do postanowień § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (j.t. Dz. U. z 2014 r., poz. 964) ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydane na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....