

Sygn. akt KIO 2593/20

WYROK
z dnia 6 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2020 r. przez wykonawcę CertusVia Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Centrala w Warszawie

przy udziale W. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa Archidrog W. O. w Poznaniu

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającemu przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Centrala w Warszawie unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności odrzucenia oferty CertusVia Sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa W. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa Archidrog W. O. w Poznaniu za nieskuteczne;
2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Centrala w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez CertusVia Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Centrala w Warszawie kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesionego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2593/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Centrala w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług doradczych o charakterze technicznym dla Projektów Drogowych, w tym Projektów Drogowych realizowanych w systemie PPP. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 056-133069. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania w związku z czym 9 października 2020 r. przez wykonawca CertusVia Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego z powodu niewyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą podczas, gdy zamawiający nie wzywał odwołującego do wyrażenia takiej zgody;
2. art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów oceny ofert;
3. art. 8 ust. 3 ustawy przez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę W. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa Archidrog W. O. w Poznaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. Opracowanie „Metodyka świadczenia usług doradczych”, „Zastępowalność Osób Wykonawcy oraz Wykazu osób i Wykazu usług, pomimo braku wykazania zasadności zastrzeżenia, a także braku spełnienia cech wymaganych dla takiego zastrzeżenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. udostępnienie wykazu osób i wykazu dostaw zastrzeżonego w ofercie W. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa Archidrog W. O.;
3. dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Wykonawca W. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa Archidrog W. O. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie albo o oddalenie odwołania.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu zamawiający otworzył 22 kwietnia 2020 r. oferty:

1. W. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Projektowa Archidrog W. O. ceną 2 383 494,00 zł;
2. Odwołującego CertusVia Sp. z o.o. z ceną 1 896 036,00 zł.

Termin związania ofertą wynosił 60 dni. Pismem z 10 czerwca 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą o kolejne 60 dni tj. do dnia 19 sierpnia 2020 r. Odwołujący

wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni - tj. do 19 sierpnia 2020 r. z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Pismem z 30 września 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp z uzasadnieniem, że „termin związania ofertą wykonawcy Certus Via Sp. z o.o. upłynął w dniu 19 sierpnia 2020 r. i Wykonawca tego terminu nie przedłużył”.

Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, informacje przedstawione w załączniku nr 4 (s. 1-37) do oferty tj.: „Metodyka świadczenia usług doradczych”, „Zastępowalność Osób Wykonawcy, Zobowiązanie do udostępnienia zasobów oraz wykaz osób i wykaz usług. W celu wykazania zastrzeżenia wskazał, że zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny, zawierają know-how wykonawcy i posiadają dla wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Metodyka świadczenia usług doradczych, Zastępowalność Osób Wykonawcy, Zobowiązanie oraz wykazy osób i usług, nie są udostępniane publicznie, w tym nie można uzyskać ich z publicznie dostępnych rejestrów, dokumentów. Opracowania oraz wykazy zostały przygotowane w sposób dedykowany żądaniom i wymaganiom postawionym w postępowaniu. Opracowania „Metodyka świadczenia usług doradczych” oraz „Zastępowalność Osób Wykonawcy” zostały przygotowane wyłącznie dla celów postępowania i zawierają unikatowy know-how wykonawcy. Przystępujący wyjaśnił również, że wskutek wdrożonych przez wewnętrznych procedur dotyczących obiegu dokumentacji dostęp do informacji i dokumentów zastrzeżonych w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa ma ograniczony krąg osób, zobowiązanych jednocześnie do zachowania poufności poprzez objęcie ich stosownymi klauzulami poufności. Wszyscy członkowie zespołu wykonawcy stosują rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji, w szczególności poprzez zawieranie odpowiednich postanowień w regulaminie pracy, umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami oraz umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi oraz klientami.

Przystępujący oświadczył, że informacje zawarte w wykazie osób i wykazie usług stanowią także tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Dla podmiotów świadczących usługi na tynku doradczym o sile firmy przesądzą przede wszystkim ludzie. Informacje na temat kluczowych specjalistów stanowią, tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy i powinny podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy mogliby usiłować ich pozyskać dla swoich potrzeb. W treści uzasadnienia zastrzeżenia przystępujący nie wskazał, z jakiego powodu za tajemnicę uznał wykaz usług. Nie zastrzegł jako tajemnicy poświadczeń wykonanych usług wydanych przez AECOM Sp. z o.o., które opisują, jakie informacje wskazano w wykazie usług, już chociażby z tego faktu, przesłanka zastrzeżenia tajemnicy nie została spełniona.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia odwołania. Zarzuty odwołania podlegają rozpoznaniu na podstawie przepisów ustawy, odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania i wniósł je w terminie. Podnoszone zarzuty nie były wcześniej przedmiotem rozpoznania przez Izbę, odwołujący ich nie podnosił w związku z czynnościami zamawiającego. Nie zaszyły zatem przesłanki odrzucenia opisane w art. 189 ust. 2 pkt 1 – 6 Pzp. Nie wystąpiła również przesłanka opisana w pkt 7, gdyż odwołujący przesłał zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w ten sposób, że zamawiający mógł się zapoznać z jego treścią. Błędne w części oznaczenie zamawiającego nie doprowadziło do sytuacji pozbawienia zamawiającego wiedzy o wniesieniu odwołania. Zamawiający otrzymał kopię odwołania, wiedział, że nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego. Mógł również przesłać wykonawcom kopię odwołania i przygotować się do uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Natomiast zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

W ocenie Izby istnienie stanu związania ofertą oraz dokonanie przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w okresie, w którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia jest nią związany, ma znaczenie prawne, tak z punktu widzenia przepisów kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie z mocy odesłania zawartego w art. 14 Pzp, jak i dla zachowania zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności równego traktowania wykonawców. Przepisy ustawy nie są jednak spójne. Z instytucją przedłużenia terminu związania ofertą nie współbrzmi bowiem art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Literalne brzmienie tego przepisu wskazuje, że znajduje on zastosowania wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca wezwany przez zamawiającego nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Przesłanki odrzucenia oferty, jako eliminacyjne, podlegają wykładni ścisłej i nie mogą być rozszerzane na sytuacje nie objęte zakresem przedmiotowym normy.

Na możliwość dokonywania przez zamawiającego czynności o charakterze eliminacyjnym wyłącznie na podstawie wymagań wynikających wprost z przepisów ustawy lub dokumentacji przetargowej zwrócił uwagę w związku z terminem związania ofertą TSUE w uzasadnieniu wyroku sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil i Saferoad Kabex*. Orzeczenie to, wbrew twierdzeniu zamawiającego, nie jest jedynie rozstrzygnięciem jednostkowego sporu. Pomimo zmiany stanu prawnego w stosunku do istniejącego w momencie zadania pytania prejudycjalnego stanowisko Trybunału zachowuje aktualność w odniesieniu do wykładni art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Dostrzec bowiem trzeba, że pytanie to była zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą, a zmiana stanu prawnego odnośnie kwestii eliminacji z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie jest już związany złożoną przez siebie ofertą dokonaną nowelizacją Pzp z 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020 i 1920) polegała wyłącznie na zmianie kwalifikacji tej czynności zamawiającego. Według stanu sprzed nowelizacji (istniejącego w dacie zadania pytania prejudycjalnego) wykonawca, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, po nowelizacji oferta wykonawcy, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą podlega odrzuceniu. Zmiany kwalifikacji czynności eliminacyjnej z podmiotowej na przedmiotową nie towarzyszyło zatem rozwiązanie dylematu dotyczącego konsekwencji braku przedłużenia terminu związania ofertą z inicjatywy własnej wykonawcy oraz

bytu prawnego takiej oferty.

Dostrzec też trzeba, że nowe Prawo zamówień publicznych w art. 252 ust. 2 dopuszcza możliwość wyboru oferty i udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie jest już związany złożoną przez siebie ofertą, co *de lege lata* jest jedynie wyinterpretowane z przepisów ustawy przez część orzecznictwa.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do niezgodnego z ustawą wyboru najkorzystniejszej oferty. Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a oraz art. 91 ust. 1 Pzp znalazły potwierdzenie.

Zamawiający niezasadnie uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez przystępującego. Art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z przepisu wynika zatem, że aby dane informacje były skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę muszą spełniać materialnie przesłanki ustalone w art. 11 ust. 2 uznk oraz wykonawca musi wykazać ten fakt, co jest wymaganiem formalnym. Wykonawca, który chce skutecznie utajnić informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest zatem wykazać kumulatywne spełnienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej *de lege lata* w art. 11 ust. 2 uznk, czyli że zastrzegane informacje: po pierwsze – mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Po trzecie – że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Należy podkreślić, że nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest obiektywne posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

Izba stwierdziła, że przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zawartych w nich informacji. Przystępujący powinien sprecyzować i wykazać, w jaki sposób odtajnienie konkretnych informacji w nich zawartych osłabiłoby jego pozycję rynkową, czemu nie sprostał. Samo stwierdzenie, że dokumenty zostały przygotowane na potrzeby postępowania i stanowią know-how wykonawcy jest absolutnie niewystarczające. Podobnie zapewnienie, że ich ujawnienie stanowiłoby cenne źródło informacji dla firm konkurencyjnych lub groziło przejściem pracowników przystępującego. Równie ogólnikowe jest wskazanie na działania podjęte w celu zachowania poufności, bez doprecyzowania opisu lub załączenia jakichkolwiek dowodów potwierdzających stosowanie tych środków.

Przystępujący nie sprostał obowiązkowi wynikającym z art. 8 ust. 3 Pzp obowiązkowi wykazania, że spełnił wszystkie przesłanki wymagane przez art. 11 ust. 2 uznk. Naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż uniemożliwiło podnoszenie zarzutów wobec oferty najkorzystniejszej.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący:.....