Sygn. akt: KIO 3178/21

WYROK

z dnia 15 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2021 r. wniesionego przez wykonawcę Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Białe Błota z siedzibą w Białych Błotach,

przy udziale wykonawcy P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DROMAKS P. M. z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Białe Błota z siedzibą w Białych Błotach: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej połączone z ujawnieniem informacji zawartych w piśmie z dnia 8 października 2021 r. stanowiących wyjaśnienia złożone przez wykonawcę P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DROMAKS P. M. z siedzibą w Bydgoszczy wraz z załącznikami z tym zastrzeżeniem, że ujawnieniu nie podlegają informacje dotyczące danych wrażliwych, tj. danych osobowych oraz warunków zatrudnienia zawarte w treści ww. załączników.

2. Kosztami postępowania obciąża: zamawiającego Gminę Białe Błota z siedzibą w Białych Błotach i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) a także kwotę 202,73 zł 00 gr (słownie: dwieście dwa złote siedemdziesiąt trzy grosze) uiszczone przez wykonawcę Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu;

2.2 zasądza od zamawiającego Gminy Białe Błota z siedzibą w Białych Błotach na rzecz wykonawcy Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy kwotę 13 802,73 zł (słownie: trzynaście tysięcy osiemset dwa złote siedemdziesiąt trzy grosze).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 3178/21

Gmina Białe Błota (dalej: „Zamawiający" lub „Gmina") prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą" lub „Pzp" w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Bieżące utrzymanie dróg gruntowych na terenie Gminy Białe Błota na lata 2021/2022" (dalej: „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 września 2021 r. pod numerem 2021/BZP00183947/01. Wartość zamówienia jest niższa niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

W dniu 25 października 2021 r. wykonawca Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący" lub „ wykonawca Projbud") wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. badaniu i ocenie ofert;

2. wyborze przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DROMAKS P. M. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „DROMAKS" lub „Przystępujący" lub „Wykonawca"), pomimo iż:

- do dokonania wyboru doszło w warunkach naruszenia jawności postępowania i zasad uczciwej konkurencji;

- podlegała ona odrzuceniu;

3. uznaniu za częściowo skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez DROMAKS w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty,

4. nieujawnieniu Odwołującemu pozostałej części wyjaśnień DROMAKS w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz dokumentów przedłożonych przez tego wykonawcę wraz z wyjaśnieniami na wezwanie Zamawiającego w celu wykazania, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

pomimo:

a. niewystarczającego (de facto braku) uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie, a tym samym nieudowodnienia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

b. niezłożenia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ogóle w odniesieniu do załączników do wyjaśnień (dokumentów przedłożonych wraz z wyjaśnieniami).

5. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy DROMAKS pomimo zaoferowania przez tego Wykonawcę ceny za realizację zamówienia (względnie istotnych części składowych tej ceny) będącej ceną rażąco niską i niewykazania przez niego w złożonych wyjaśnieniach, że zaoferowana cena jest uzasadniona.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 i art. 239 ust. 1 Pzp polegające na:

a) prowadzeniu przez Zamawiającego Postępowania oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy DROMAKS w sposób sprzeczny z regułami uczciwej konkurencji i zasadą przejrzystości, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie mogła zostać w sposób rzetelny i pełny zweryfikowana przez Odwołującego pod kątem zawierania przez tą ofertę rażąco niskiej ceny z uwagi na uznanie przez Zamawiającego za częściowo prawidłowe zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dokonanego przez wykonawcę DROMAKS w odniesieniu do wyjaśnień, przedłożonych przez tego Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego - w części oraz w odniesieniu do załączonych do tych wyjaśnień dokumentów, pomimo iż

- nie było ku temu podstaw, albowiem uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie zawiera wymaganych elementów ani argumentów, potwierdzających jego zasadność, nie przedłożono żadnych dowodów na poparcie zastrzeżenia, a tym samym zastrzeżenie należy uznać za nieuzasadnione (de facto niedokonane);

- w odniesieniu do dokumentów załączonych do wyjaśnień nie złożono w ogóle zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;

b) nieudostępnieniu Odwołującemu (z naruszeniem zasady jawności postępowania) żądanych przez niego dokumentów postępowania w postaci pełnej treści wyjaśnień DROMAKS z dnia 8.10.2021 r. w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty wraz z załącznikami, czym naruszono zasadę uczciwej konkurencji;

a w konsekwencji - wybór jako najkorzystniejszej oferty DROMAKS w sytuacji naruszenia jawności postępowania i zasad uczciwej konkurencji

ewentualnie, w przypadku nie podzielenia przez Izbę zarzutu jak w pkt 1 powyżej lub

uznania, że nie uzasadnia on uwzględnienia odwołania i unieważnienia zaskarżonych

czynności, również:

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z ust. 1, ust. 2 pkt 1 i 4 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 i art. 239 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy DROMAKS z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, pomimo iż podlegała ona odrzuceniu z uwagi na okoliczność, iż zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia jako całości oraz w odniesieniu do jej istotnych części składowych (w szczególności ceny za realizację poz. 1, 2, 5, 5a, 6, 8, 10, 11 i 13-15 kosztorysu ofertowego DROMAKS), niższą o ponad 30% od średniej cen ofert złożonych w postępowaniu, którego to domniemania Wykonawca nie obalił i nie uzasadnił zaoferowanej ceny.

Mając na uwadze powyższe na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania w całości na

okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego

odwołania oraz tych, które zostaną przedłożone w toku rozprawy, na okoliczności podane w niniejszym odwołaniu lub w momencie ich przedłożenia,

4. nakazanie Zamawiającemu:

4.1 unieważnienia zaskarżonych czynności:

- wyboru oferty najkorzystniejszej,

- badania i oceny ofert,

4.2 powtórzenia czynności badania ofert,

4.3 udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty,

złożonych przez DROMAKS w dniu 8.10.2021 r. - w całości, bez anonimizacji i wraz ze wszystkimi załącznikami;

ewentualnie również:

4.4. odrzucenia oferty DROMAKS jako zawierającej rażąco niską cenę,

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca Projbud podniósł m. in., że w Postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców, tj. Odwołujący, DROMAKS i BPRD Sp. z o.o. w Bydgoszczy. Zamawiający pismem z dnia 7 października 2021r. wezwał DROMAKS do wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej w ofercie, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie, oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych, zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207 z późn. zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Zamawiający zauważył, że cena oferty złożonej przez DROMAKS wynosi 848 066,55 zł brutto i w porównaniu z średnią arytmetyczną cen złożonych ofert stanowi 64,62 % tej wartości i wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Zamawiający w szczególności zwrócił uwagę Wykonawcy, czy w cenie oferty uwzględnione zostały wszystkie elementy dotyczące przedmiotu zamówienia wynikające z opisu przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie DROMAKS złożył w dniu 8 października 2021 r. wyjaśnienia określonej, powołując się w pewnym zakresie na załączone do nich dokumenty. W treści wyjaśnień wskazał na przyjęty przez siebie sposób kalkulacji ceny i argumenty, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą cenę, w tym odległość miejsca realizacji prac od siedziby tego lub jego bazy sprzętowej, uwzględnione ceny materiałów/pracy sprzętu, przyjęcie jako podstawy wyliczeń norm wewnątrzzakładowych, swoje wieloletnie doświadczenie, wybór optymalnej metody wykonania zamówienia przy najlepszym wykorzystaniu zasobów materiałowych i sprzętowych. Zwrócił uwagę na istotne, w jego ocenie, różnice pomiędzy jego sytuacją a sytuacją innych oferentów, dotyczące lokalizacji ich baz sprzętowych (Lisi Ogon vs. Bydgoszcz), oraz na należyte wykonanie przez siebie w przeszłości analogicznych zamówień. Podkreślił także (jego zdaniem niezrozumiały) fakt zmiany ofert przez innych Wykonawców w stosunku do poprzedniego, unieważnionego postępowania w tym samym przedmiocie (obniżenie ceny jednej z ofert o ok 500.000 i podwyższenie drugiej z nich o podobną wartość), co zdaniem DROMAKS miało sztucznie wypaczyć obraz w postępowaniu i średnią cen ofertowych.

W dniu 18 października 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty DROMAKS. W dniu 19 października 2021 r., w odpowiedzi na wniosek Odwołującego Zamawiający udostępnił dokumenty postępowania: korespondencję pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą DROMAKS, z tym, że w odniesieniu do złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 8 października 2021 r. Zamawiający częściowo zanonimizował ów dokument oraz nie przekazał Odwołującemu załączników do tych wyjaśnień, powołując się na zastrzeżenie przez DROMAKS tajemnicy przedsiębiorstwa. W pozostałym zakresie wyjaśnienia Zamawiający odtajnił i udostępnił Odwołującemu.

1. <u>Zarzuty dotyczące nieujawnienia treści wyjaśnień i załączników do nich - naruszenie zasady jawności i uczciwej konkurencji.</u>

Odwołujący podniósł, że rozpoznawanej sprawie Zamawiający, w odpowiedzi na

wniosek Projbud, udostępnił jedynie w części dokumenty i wyjaśnienia złożone przez DROMAKS w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty. Co prawda Zamawiający trafnie (decyzją z dnia 19 października 2021 r.) dostrzegł, że złożone wyjaśnienia w znakomitej większości pod względem przedmiotowym nie mogą w ogóle stanowić tajemnicy

przedsiębiorstwa i ujawnił je Odwołującemu, jednak bezzasadnie utrzymał zastrzeżenie w stosunku do części wyjaśnień, obejmujących wynagrodzenie pracowników DROMAKS uwzględnione w kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach oraz niektórych innych wyliczeń tam zawartych (przekazanych Odwołującemu w wersji „zaciemnionej", a także w odniesieniu do załączników do wyjaśnień (w tym ofert podmiotów trzecich), odmawiając ich ujawnienia Odwołującemu. Powodem takiego stanu rzeczy było zawarte w wyjaśnieniach zastrzeżenie ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa, o treści jak niżej:

„(...) składam wyjaśnienia dotyczące podejrzenia rażąco niskiej ceny. Jednocześnie, z uwagi iż zawarte w wyjaśnieniach informacje nie są powszechnie znane i dotyczą spraw organizacyjnych, handlowych, w tym kontrahentów oraz stosowanych przez Wykonawcę marż i sposób jej kalkulacji w ramach przedsiębiorstwa, a ich ujawnienie może działać na niekorzyść Wykonawcy, zastrzegam, że powyższe wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa".

Zdaniem Odwołującego powyższe zastrzeżenie pozostaje bezskutecznie w całości z uwagi na niesprostanie przez DROMAKS wymogom z art. 18 ust. 3 Pzp. DROMAKS nie podjął nawet próby wykazania zaistnienia którejkolwiek z przesłanek traktowania złożonych wyjaśnień i załączonych do nich dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności nie podjął choćby próby wskazania, jakiego rodzaju starania podjął w celu zachowania tych informacji w tajemnicy, a tym bardziej nie udowodnił ich podjęcia. Nie wykazał, że również jego kontrahenci (od których pochodzą załączone do wyjaśnień oferty czy faktury) traktują sporne informacje jako poufne. Nie wykazał również w żaden sposób, ani nawet nie podniósł twierdzeń w tym zakresie, jakiego rodzaju wartość gospodarczą posiadają podniesione informacje. Nie podjął próby wykazania czy choćby opisania, jakiego rodzaju szkodę mógłby ponieść przez ich ujawnienie. Jednozdaniowe powołanie się na zastrzeżenie tajemnicy, stanowiące jedynie powtórzenie normy prawnej art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bez choćby próby jej odniesienia do sytuacji wykonawcy i poparcia dowodami nie spełnia wymogu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i nie uzasadnia odstępstwa od zasady jawności, rządzącej postępowaniami w sprawie zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego należało też pamiętać, że to Wykonawca pozostaje dysponentem tajemnicy swojego przedsiębiorstwa, która jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być traktowana ściśle. Obowiązek zachowania informacji w tajemnicy może zatem dotyczyć wyłącznie takich dokumentów i informacji, w odniesieniu do których wyraźnie to zastrzeżono. W treści zastrzeżenia dwukrotnie wskazano, iż obejmuje ono treść wyjaśnień. Bezpodstawne było zatem uznanie za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i odmowa udostępnienia załączników do wyjaśnień, w szczególności - ofert handlowych i faktur pochodzących od podmiotów trzecich, zwłaszcza że odnoszącą się do nich treść wyjaśnień Zamawiający odtajnił.

Nieujawnienie ww. informacji (tak jak ich zastrzeżenie blokowo) stanowi naruszenie przepisów postępowania i czyni zastrzeżenie bezskutecznym, a zaniechanie odtajnienia uzasadniającym uwzględnienie odwołania i unieważnienie zaskarżonych czynności, z wyborem oferty najkorzystniejszej włącznie.

2. <u>Rażąco niska cena oferty DROMAKS.</u>

Izba uznała za bezcelowe przytaczanie uzasadnienia dotyczącego ww. zarzutu, ponieważ został on postawiony jako zarzut ewentualny na wypadek, gdyby nie potwierdził się zarzut z pkt 1.

Stanowisko Zamawiającego

Pismem z dnia 10 listopada 2021 r. 1. Zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości a także dopuszczenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według rachunków

załączonych do pisma i złożonych na rozprawie.

W uzasadnieniu w zakresie zarzutu z pkt 1 odwołania Zamawiający wskazał, że bezzasadny jest zarzut Odwołującego jakoby wykonawca DROMAKS nie uzasadnił tajemnicy

przedsiębiorstwa i nie objął ją załączników do wyjaśnień. Wykonawca wprost napisał, iż „wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa", co zdaniem Zamawiającego należy rozumieć jako całość złożonych wyjaśnień. Zamawiający po przeanalizowaniu treści wyjaśnień uznał, iż objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest w pełni zasadne. W związku z powyższym w dniu 19.10.2021 roku przesłał do wykonawcy DROMAKS zawiadomienie o odtajnieniu części informacji. De facto Zamawiający utrzymał zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa jedynie w zakresie stawek za roboczogodzinę płacy operatorów sprzętu, a co z tym związane wyliczeń kosztów pracy sprzętu zawierających stawkę roboczogodziny pracy operatorów, kopie umów o pracę z zawartymi przez Wykonawcę DROMAKS z pracownikami oraz oferty handlowe pomiędzy wykonawcą DROMAKS a innymi przedsiębiorcami dotyczące ceny za kruszenie gruzu betonowego, cenę piasku, dostawy betonu, żużla, fakturę za olej napędowy oraz kopię dowodu rejestracyjnego pojazdu SKODA. Wszystkie pozostałe informacje zostały uznane jako zastrzeżone bezzasadnie i tym samym udostępnione wykonawcy Projbud po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Gminy należy zwrócić uwagę, iż poza załącznikami do wyjaśnień odtajniono zdecydowanie ponad 90% treści złożonych wyjaśnień. Jednocześnie należy podkreślić, iż takie dowody jak umowy o pracę, faktury oraz oferty handlowe mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a ujawnienie ich przez Zamawiającego innemu wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu byłoby naruszeniem przepisów art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Reasumując Zamawiający stwierdził, że powyższe zarzuty Odwołującego dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechania odrzucenia oferty, uznaniu za częściowo skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawcę DROMAKS są bezzasadne i nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający stał na stanowisku, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z zasadami określonymi w SWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu, oferta wykonawcy DROMAKS uzyskała najwyższą ilość punktów obliczoną według wzoru opisanego w SWZ. Zamawiający stwierdził, że nie miał podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy DROMAKS. Wykonawca spełniał wszystkie wymagania opisane w SWZ, złożył szczegółowe wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty, mimo iż został wezwany do ich złożenia wyłącznie w wyniku sztucznego zawyżenia średniej arytmetycznej cen złożonych ofert przez jednego z wykonawców (cena oferty 200% wartości szacunkowej).

Zamawiający podniósł, że prawidłowo uznał za częściowo skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez nieujawnianie stawki za roboczogodzinę oferowanej przez wykonawcę DROMAKS zatrudnionym pracownikom, umów o pracę oraz ofert handlowych z innymi przedsiębiorcami. Stawka za roboczogodzinę pomiędzy przedsiębiorcą a pracownikiem oraz umowy o pracę są informacjami poufnymi, z kolei oferty handlowe posiadają dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą i również są informacjami poufnymi. Dane te są objęte szczególną ochroną, a Odwołujący się, konkurujący w wielu postępowaniach Zamawiającego z Przystępującym, próbuje zdaniem Zamawiającego bezprawnie wejść w posiadanie informacji, które stanowią tajemnicę. Ostatecznie stwierdził, że powyższe zarzuty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie i mając na celu zmuszenie Zamawiającego do odrzucenia prawidłowo złożonej oferty i wyboru znacznie droższej oferty Odwołującego.

Podobnie jak przy streszczeniu uzasadnienia odwołania z tożsamych powodów Izba pominęła w odpowiedzi na odwołanie uzasadnienie dotyczące zarzutu ewentualnego zawartego w pkt 2.

W dniu 10 listopada 2021 r. Odwołujący przesłał pismo procesowe, w którym ustosunkował się do wniosków Przystępującego, zawartych w piśmie z dnia 28 października 2021 r. zwierającym oświadczenie o przystąpieniu Wykonawcy do postępowania odwoławczego oraz zawarł uzupełnił stanowisko w zakresie zarzutu z pkt 1 odwołania.

W toku posiedzenia Izby z udziałem stron i Przystępujacego oraz rozprawy Przystępujący wycofał wniosek o odrzucenie odwołania z uwagi na brak pełnomocnictwa i brak podpisu oraz wniosek o oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu wykonawcy Projbud do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i odpowiedzi na odwołanie i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Z tych względów Izba uznała za niecelowe jego dalsze powielanie. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za konieczne uznała przytoczenie przepisów Pzp, których naruszenie Zamawiającemu zarzucał Odwołujący oraz tych, na które wskazywał w swojej argumentacji Zamawiający i Przystępujący, które zostały powołane poniżej.

Przepis art. 16 Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Według art. 18 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zaś zgodnie z ust. 3 ww. przepisu nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, 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. 222 ust. 5.

Natomiast zgodnie z art. 74 ust. 1 Pzp protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Zaś według ust. 2 ww. artykułu załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym, że:

1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,

2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków

- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Po dokonaniu wszechstronnej i wyczerpującej analizy zgłoszonych zarzutów Izba stwierdziła, że zarzut pierwotny dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Wobec powyższego Izba zgodnie z intencją Odwołującego bez rozpoznania pozostawiła zarzut ewentualny wskazany w pkt 2 pettitum odwołania, postawiony na z

ostrożności, tj. na wypadek nieuwzględnienia pierwotnego zarzutu. W tym zakresie Izba podziela i aprobuje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r. zapadłego w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 53/21, w treści którego stwierdzono m. in: „Na wstępie należy zaznaczyć, że zdaniem Sądu Okręgowego nie może być wątpliwości co do tego, iż zaskarżony wyrok KIO nie zawiera rozstrzygnięcia co zarzutu nr 5 odwołania, ponieważ KIO (słusznie) uznała zarzut 5 z odwołania jako ewentualny i w konsekwencji postąpiła z nim tak samo jak postępuje się z roszczeniem ewentualnym w razie uwzględniania roszczenia głównego - nie orzeka się o nim. Zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawić z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie sPzp. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sqd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (tak: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z dnia 4 października 2012 r., I CSK 100/12, nie publ.). Podobnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt 111 czp 58/13, OSNC 2014, nr 6, poz. 62 stwierdzając, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego, oraz w wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r.(sygn. akt IV CR 403) wskazując, iż zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie - mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu. Wniosek więc jest taki, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą uwzględnienie zarzutu głównego skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutu ewentualnego, a tym samym i braku podstaw badania dowodów czy też okoliczności faktycznych dotyczących żądania ewentualnego skoro żądanie ewentualne nie jest przedmiotem orzeczenia wskutek uwzględnienia zarzutu głównego”.

Powracając jednak na grunt zarzutów rozpoznawanej sprawy wskazanych w pkt 1 odwołania podkreślić należy, że nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż zasada jawności postępowania wyrażona w art. 18 ust. 1 Pzp jest jedną z naczelnych zasad, na których opiera się system zamówień publicznych, która ma przyczyniać się nie tylko do przejrzystości prowadzonych postępowań, ale również wywiera wpływ na zachowanie konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wyjątek o wskazanej zasady zawiera natomiast ust. 3 powyższego przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649) - dalej: „uznk” - jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, 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. 222 ust. 5.

Definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera art. 11 ust. 2 uznk, zgodnie, z którym 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 w poufności.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że aby określone informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą w stosunku do nich zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą,

2) informacje nie mogą być ujawnione do wiadomości publicznej,

3) przedsiębiorca podjął niezbędne działania, aby zachować poufność danych informacji.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w sytuacji, gdy okaże się, że jedna z tych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń.

W aspekcie powyższego należy dojść do logicznego wniosku, że aby skutecznie zastrzec informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, należy spełnić łącznie dwie przesłanki. Po pierwsze, oznaczyć określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa (z uwzględnieniem trzech elementów, omówionych wyżej: wartości gospodarczej, poufności oraz podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Po drugie, wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy. Brak ziszczenia się którejkolwiek z dwóch wymienionych wyżej przesłanek, pociąga za sobą uznanie, że wyjaśnienia nie zawierają informacji mających walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Dlatego wykonawca, składając wyjaśnienia zawierające informacje stanowiące - według niego - tajemnicę przedsiębiorstwa, musi zdawać sobie sprawę z ryzyka, które podejmuje: brak skutecznego wykazania, że dane informacje zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, skutkuje ich ujawnieniem.

Kolejnym zagadnieniem niezwykle istotnym z punktu widzenia skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest określenie terminu zastrzeżenia, jak również wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z powołanymi powyżej postanowieniami SIWZ oczywistym jest, że wykonawca zobligowany był dokonać tego nie później niż w terminie złożenia wyjaśnień. Wobec tego z powyższego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Spóźniona próba wykazania będzie uznana za bezskuteczną, ponieważ nie pozostawia żadnych wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić Zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień, tj. wykazania w złożonych wyjaśnieniach, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane, jako rezygnacja z - przewidzianej zasadami SIWZ wspartymi przepisami prawa - ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Podkreślenia wymaga, że prowadzone przez Zamawiającego badanie skuteczności zastrzeżenia określonych informacji powinno opierać się wyłącznie na analizie zasadności i skuteczności wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niewykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy uznać za równoznaczne ze stwierdzeniem, że określone informacje podlegają ujawnieniu. Oznacza to, że dane informacje mogą rzeczywiście stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale wykonawca, poza subiektywnym przekonaniem, że informacje te - ze względu na jego interes - nie powinny zostać ujawnione, powinien w sposób przekonujący wykazać, że nie należy ich ujawniać, jako że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uzasadnień orzeczeń KIO wynika, że wykonawca winien starannie i z rozwagą formułować uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a „Samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy” (wyrok KIO z 6 maja 2015 r., sygn. akt KIO 807/15).

Izba stoi na stanowisku, że na ochronę przed ujawnieniem nie zasługuje uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zawierające ogólnikowe stwierdzenia czy przytoczenie orzeczeń KIO: „standardowe, ogólne stwierdzenia mające służyć chronieniu opisu technicznego nie uzasadniają zastrzeżenia informacji chociażby z tej racji, że przeciwstawia się temu dobro publiczne” (wyrok KIO z 28 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 256/17), a „wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa” (wyrok KIO z 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 421/17).

Izba zauważa, że wykonawcy, redagując wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, często ograniczają się do ogólnie znanych twierdzeń, bez wskazania na konkretne uwarunkowania, pozwalające na ustalenie zasadności odstąpienia od zasady jawności informacji. Takie ogólnikowe stwierdzenia, bez przywołania okoliczności, potwierdzających konieczność objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, nie mogą skutkować utajnieniem określonych informacji, a same deklaracje i twierdzenia to zbyt mało, ponieważ wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także wykazać ziszczenie się

poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych wyjaśnieniach ma z jednej strony znaczenie dyscyplinujące dla wykonawcy, (ponieważ jest on zobowiązany do wykazania celowości zastrzeżenia określonych informacji, nie zastrzega bezrefleksyjnie dokumentów, jako niepodlegających ujawnieniu), a z drugiej - jest ułatwieniem dla Zamawiającego, skracając czas analizy skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca powinien zawsze mieć świadomość, że informacje przez niego złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zostaną ujawnione, jeżeli przekonująco nie wykaże, że zasługują one na objęcie ochroną przed dostępem osób trzecich.

Przenoszą powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba po dokonaniu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doszła do przekonania, że zarzuty odwołania zasługują na uwzględnienie. U podstaw takiego zapatrywania Izby legły następujące argumenty.

W myśl regulacji przepisów obowiązującego prawa, które zostały zacytowane powyżej niezaprzeczalnym jest, że Przystępujący opatrując składane wyjaśnienia - zawarte w piśmie z dnia 8 października 2021 r. dotyczące wyjaśnienia występowania w ofercie DROMAKS ceny rażąco niskiej - klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa" nie mógł ograniczyć się jedynie do oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem są informacjami organizacyjnymi handlowymi, w tym kontrahentów i stosowanych marż, sposób kalkulacji ceny, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej ale również wykazać, że zastrzeżone informacje mają właśnie taki charakter jak również okoliczności związane z ich zabezpieczeniem i zachowaniem w poufności. Jednozdaniowe zastrzeżenie zawarte w ww. piśmie należy traktować właśnie w ten sposób, ponieważ nie zostały one poparte stosownymi wyjaśnieniami nie mówiąc już o jakichkolwiek dowodach, które miałby służyć wykazaniu tego, że zastrzeżone informacje posiadają taki walor jaki przypisywał im Przystępujący, czyli stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby Przystępujący nie sprostał temu zadaniu, bowiem przedstawione przez niego uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa do złożonych wyjaśnień ma charakter niezwykle ogólny, lakoniczny i w zasadzie ogranicza się do jednego zdania o następującej treści: „Jednocześnie, z uwagi iż zawarte w wyjaśnieniach informacje nie są powszechnie znane i dotyczą spraw organizacyjnych, handlowych, w tym kontrahentów oraz stosowanych przez Wykonawcę marż i sposób jej kalkulacji w ramach przedsiębiorstwa, a ich ujawnienie może działać na niekorzyść Wykonawcy, zastrzegam, że powyższe wyjaśnienia stanowią tajemnice przedsiębiorstwa". Zatem nie można uznać nawet, że wykonawca wyjaśnił a nie mówiąc już o tym, że wykazał, że zastrzeżone informacje nie powinny zostać udostępnione z uwagi na zawartą w nich tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący nie przedstawił też żadnych dowodów w rozpoznawanym zakresie, które powinny zostać przedstawione chociażby w warstwie wykazania przesłanki dotyczącej tego, że przedsiębiorca podjął niezbędne działania, aby zachować poufność danych informacji.

Na podstawie zacytowanych jednozdaniowych wyjaśnień Przystępującego nie sposób ustalić czy zastrzeżone przez wykonawcę posiadają wartość gospodarczą, a jeśli tak, to jaką. Co istotne, w złożonych wyjaśnieniach o ile wykonawca wspomniał, że zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej to nie podał jakichkolwiek informacji na temat tego, czy podjął niezbędne działania, aby zachować poufność danych informacji. Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że wykonawca DROMAKS nie wykazał spełnienia żadnej z przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 uznk a zatem informacje, które zostały przez niego zastrzeżone nie zasługują na ochronę i podlegają ujawnieniu, czego Zamawiający zaniechał, co skutkowało naruszeniem następujących przepisów: art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Na końcu swoich rozważań Izba pragnie wyjaśnić, że, pomimo, że Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał w sposób odpowiedni wypełnienia wszystkich przesłanek niezbędnych do zachowania informacji zawartych w wyjaśnieniach w poufności to w

odniesieniu do informacji wrażliwych tj. dane osobowe oraz warunki zatrudnienia zawarte w treści ww. załączników Izba utrzymał poufność zastrzeżonych informacji. Za przyjęciem takiego stanowiska przez Izbę przemawia to, iż jest wiedzą w zasadzie powszechną, że informacje wrażliwe w postaci danych osobowych lub też warunki zatrudnienia mają charakter poufny. Wynika to wprost z przepisów prawa obowiązującego w kraju. Izba uznała, że z uwagi na te szczególne uwarunkowania informacje te nie powinny być ujawniane.

Konkludując, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu przesądza o tym, że w ramach rozpoznawanego postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, stwierdzić należy, że rozpoznawane odwołanie zasługiwało w całości na uwzględnienie i w konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej połączone z ujawnieniem informacji zawartych w piśmie z dnia 8 października 2021 r. stanowiących wyjaśnienia złożone przez wykonawcę P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DROMAKS P.M. z siedzibą w Bydgoszczy wraz z załącznikami z tym zastrzeżeniem, że ujawnieniu nie podlegają informacje dotyczące danych wrażliwych, tj. danych osobowych oraz warunków zatrudnienia zawarte w treści ww. załączników.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W związku z tym Izba kosztami postepowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3178/21 zgodnie z art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) obciążyła w całości Zamawiającego jako stronę przegrywającą. Izba wskazuje, że na koszty postępowania odwoławczego składał się: wpis w kwocie 10 000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł oraz koszt noclegu w kwocie 202,73 zł.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....