

WYROK

z dnia 14 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie:

Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka Akcyjna, ul. Łódzka 108,
99-200 Poddębice oraz Sandfield Capital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
ul. Puławska 111A lok. 86, 02-707 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez
Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2,
91-857 Łódź

przy udziale wykonawców:

1. FBSerwis Spółka Akcyjna, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,
2. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski,

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia - konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka Akcyjna, ul. Łódzka 108, 99-200 Poddębice oraz Sandfield Capital

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Puławska 111A lok. 86,
02-707 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie:

Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka Akcyjna, ul. Łódzka 108, 99-200 Poddębice oraz Sandfield Capital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Puławska 111A lok. 86, 02-707 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka Akcyjna, ul. Łódzka 108, 99-200 Poddębice oraz Sandfield Capital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Puławska 111A lok. 86, 02-707 Warszawa na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział

w Łodzi, Rejon Autostradowy w Łowiczu - autostrada A2.” przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź (dalej „zamawiający”)

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. ul. Łódzka 108, 99-200 Poddębice oraz Sandfield Capital sp. z o.o. , ul. Puławska 111A lok. 86, 02-707 Warszawa (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, polegającej na odtajnieniu informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez odwołującego poprzez platformę eB2B 18.10.2021 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi do nich materiałami, wyjaśnieniami i uzasadnieniami.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”] w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 ze zm.) w zw. z art. 65 § 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez

postanowienie o odtajnieniu wszystkich dokumentów przekazanych przez odwołującego poprzez platformę eB2B 18.10.2021 r. w związku z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi do nich materiałami, wyjaśnieniami i uzasadnieniami, pomimo że stanowią skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego,

2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

3. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący uzasadnił, że powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu jego realizacji. Odtajnienie newralgicznych informacji - argumentował odwołujący - może spowodować w szczególności zerwanie współpracy z podwykonawcami i utratę zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, ponieważ kalkulując koszty i udowadniając realność ceny w ramach złożonych 18.10.2021 r. wyjaśnień wskazał na konkretne dane wynikające z zawartych umów; gdyby to nastąpiło

odwołujący mógłby nie być w stanie zawrzeć umowy z zamawiającym wobec braku koniecznego zaplecza do jej należytego wykonania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- I. unieważnienia czynności odtajnienia informacji zawartych we wszystkich dokumentach przekazanych przez odwołującego poprzez platformę eB2B 18.10.2021 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi do nich materiałami, wyjaśnieniami i uzasadnieniami,
- II. uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego i nieujawniania ww. informacji.

W ocenie odwołującego nie sposób odnieść wrażenia, że zamawiający, analizując przekazany mu materiał dotyczący wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość (dalej „wyjaśnienia”) nie dokonał jego obiektywnej oceny i postawił sobie za cel odnalezienie w nim słabych punktów, co - wedle odwołującego - uzasadnia także to, że zamawiający dokonał wybiórczej analizy orzecznictwa KIO, cytując jedynie fragmenty wyroków pasujące do przyjętej z góry tezy, nawet jeśli stany faktyczne dalece odbiegały od przedmiotowej sprawy, powołał wyrwane z kontekstu fragmenty uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień odwołującego, a końcowo zdecydował o odtajnieniu materiałów nawet wbrew swojej wcześniejszej praktyce.

Stwierdził, że powołane przez zamawiającego wyroki nie mają precedensowego, przełomowego charakteru, jaki usiłuje im nadać zamawiający tłumacząc swoje podejście do oceny wyjaśnień. Uzupełnił, że w żadnym z tych judykatów nie przesądzono o bezwzględnej konieczności przedstawienia dowodów jako warunku okluzulowania informacji (tym bardziej ich nie konkretyzując, a co najwyżej sugerując „dostępne dla siebie dowody”), kładąc akcent na obowiązek wykazania przesłanek ustawowych.

Stanął na stanowisku, że nie sposób mu zarzucić, że jego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy jest lakoniczne (skoro zawiera się na 5 stronach), opiera głównie na wyrokach (skoro orzecznictwo przytoczono szczątkowo), nie obejmuje dowodów (skoro przedstawiono dwa dokumenty), ani że nie zawiera konkretnych nt. charakteru utajnionych danych, ich wartości oraz podjętych działań mających na celu zachowanie ich poufności.

Ocenił, że „mankamenty” jakie dostrzegł w nich zamawiający są wyrazem wyłącznie subiektywnych i ogólnikowych ocen, opartych na niczym nie uzasadnionych wątpliwościach (wręcz spekulacjach), co do rzetelności i wiarygodności przedstawionych przez odwołującego argumentów.

Ocenił, że zamawiający na 4 stronie pisma z 19.11.2021 r. przyznał, że rodzaje informacji zawartych w wyjaśnieniach obiektywnie należy zakwalifikować jako przede wszystkim organizacyjne. Wskazał, że zamawiający zarzucił mu, iż nie wykazał ich wartości gospodarczej, ponieważ nie wskazał w jaki sposób ujawnienie informacji mogłoby pogorszyć sytuację odwołującego w tym jak i w innych postępowaniach, oraz że wycena wartości tajemnicy nie jest „realna”.

Stwierdził, że poświęcił kwestii „wartości tajemnicy” punkt C załącznika nr 1 do wyjaśnienia z 18.10.2021 r. (Uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny) i nie tylko dokonał wyceny tego aktywa, ale również zreferował z czego ona wynika - kalkulacja oferty w przedmiotowym postępowaniu nie ma jednorazowego charakteru. Uznał, że niewiele jest przykładów zamówień cechujących się tak dalece uniwersalizowanymi zasadami prowadzenia, jak postępowania na utrzymanie dróg (zwłaszcza autostrad i dróg ekspresowych) zarządzanych przez GDDKiA, czego dowodami są materiały załączone do jawnej części wyjaśnień (SWZ z GDDKiA Oddział Gdańsk, Warszawa, Wrocław). Uzupełnił, że w oparciu o powszechnie dostępne źródła (platforma zakupowa eB2B) łatwo jest ustalić, że ww. zamówieniami zainteresowana pozostaje grupa tych samych wykonawców, która stanowi bezpośrednią konkurencję odwołującego i prezentuje analogiczne podejście do waloru kalkulacji cenowych

(konsekwentnie utajniają swoje wyjaśnienia).

W ocenie odwołującego możliwości przedsiębiorstwa w kontekście optymalizacji kosztów świadczenia usług (sytuacja wewnętrzna, kontakty z dostawcami, dostępność określonych rozwiązań, sposób organizacji potrzebnych narzędzi itd.) stanowią zbiór elementów składających się na tzw. know-how, którego ujawnienie mogłoby pogorszyć sytuację odwołującego nie tylko w tym postępowaniu, ale zwłaszcza osłabić konkurencyjność wykonawcy w ubieganiu się o podobne zamówienia, do realizacji których zasadniczo potrzebne są takie same zasoby (w rezultacie wyceny są dokonywane w oparciu o podobne schematy).

Zdaniem odwołującego podważenie przez zamawiającego „realności” wyceny jest gołosłowne i nie sposób dowiedzieć się z pisma zamawiającego w oparciu o co kwestionuje

kwotę przedstawioną przez odwołującego. Oświadczył, że roztoczenie przez przedsiębiorcę ochrony na określone informacje dotyczące jego działalności podyktowane jest chęcią zachowania konkurencyjności na rynku, ponieważ ma bezpośredni wpływ na wyniki ekonomiczne - przychody, a w dalszej kolejności zysk. Uzupełnił, że każda z tych kategorii (przychód, zysk) może być wyrażona w sposób pewny jedynie w oparciu o historyczne dane finansowe.

Stwierdził, że perspektywy rozwoju, także w aspekcie rentowności, z istoty swej są wyłącznie rokowaniami, a zamawiający nazywa to „domniemanym zyskiem, chcąc wywołać negatywną ocenę zachowania odwołującego, podczas gdy „wartość tajemnicy” z gruntu ma charakter przybliżony, nawet jeśli zostaje wyliczona na podstawie wieloletnich doświadczeń.

W kontekście estymacji tej wartości odwołującego wskazał, że na jej wiarygodność wskazują wyliczenia zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach oraz wartość zamówień, jakie już prowadzi zamawiający (utrzymanie A1, A2, dwa odcinki S8) oraz w najbliższym czasie ogłosi - kolejny odcinek A1 (łącznie wartość tych zamówień to kilkaset milionów złotych) - szacowanie zysku na poziomie kilku procent jest rozsądne i adekwatne do otoczenia gospodarczego.

Odnosząc się do akapit zamawiającego: „Daleko idącym byłoby zakładanie, że w przypadku utrzymania przez Zamawiającego w poufności zastrzeżonych informacji, Konsorcjum uzyskałoby jakiekolwiek inne zamówienie.” Oceniał, że takie podejście do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko rażąco narusza obowiązujące regulacje, ale jest niebezpieczne dla systemu zamówień publicznych jako narzędzia służącego oszczędnemu i racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych. Z tak sformułowanej tezy - wywodził zamawiający - wynika, iż zamawiający warunkiem utajnienia danych czyni wykazanie czy wręcz udowodnienie, że w przypadku braku ich udostępnienia wykonawca zawrze inną umowę o zamówienie publiczne, co jest - wedle odwołującego - niedopuszczalną trawestacją; powoływanie takich założeń przez wykonawcę mogłaby być rozpatrywana jako zapowiedź działań nielegalnych.

Stwierdził, że postępowania o zamówienia publiczne prowadzi się co do zasady w oparciu o konkurencyjne procedury, w których ofertę może złożyć każdy zainteresowany wykonawca, warunki udziału muszą być proporcjonalne, a opis przedmiotu zamówienia należy przygotować w sposób niezakłócający konkurencji toteż żadna firma nie może mieć gwarancji wygrania zamówienia publicznego; jeśli taki wynik jest z góry możliwy do przewidzenia to znaczy, że postępowanie jest prowadzone z naruszeniem Pzp. Oczekiwanie wykazania tego rodzaju związku przyczynowo-skutkowego jest bezpodstawne, bo jest to niewykonalne i czyniłoby jednocześnie odnośne przepisy Pzp, dyrektyw i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji iluzorycznymi, ponieważ nie dałoby się skutecznie zastrzec jakiejkolwiek informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Stanął na stanowisku, że wykładnia zamawiającego musi być oceniona jako contra legem, a zarazem jako zniechęcająca wykonawców do udziału w postępowaniach o zamówienia publiczne, stąd jest niepożądana ze względów systemowych.

Odnosząc się do uznania przez zamawiającego za „niewystarczające” twierdzenia odwołującego co do działań podjętych w celu utrzymania w tajemnicy informacji zawartych w wyjaśnieniach oceniał, że zamawiający nie podważa adekwatności wdrożonych przez odwołującego rozwiązań, a jedynie spekuluje, iż mogą nie być używane, co jest odwołującemu trudno zrozumieć, z czego wynika podejrzliwość zamawiającego o działanie odwołującego wbrew swoim interesom.

Wskazał, że zamawiający zakłada, że wykonawca najpierw podejmie szereg działań

asekuracyjnych, a następnie ten wysiłek samowolnie zniweczy, co z natury nie powinno być brane pod uwagę, albowiem są wyłącznie subiektywnym zapatrywaniem. Uzupełnił, że zamawiający nie podał jakichkolwiek przesłanek upoważniających do krytycznej oceny zastosowanych środków zapobiegawczych, przykładów wycieku danych, tudzież innych argumentów uzasadniających krytykę wykonawcy, ale ograniczył się do arbitralnej i krzywdzącej oceny działań odwołującego, co nie może zasługiwać na ochroną prawną.

Za przykład kolejnych nieuzasadnionych twierdzeń zamawiającego - według odwołującego - jest wskazanie na zastrzeżenie informacji dotyczącej uczestnictwa w grupie kapitałowej. O ile zatem sam fakt pozostawania w grupie kapitałowej nie jest tajemnicą, to już jednak informacja nt. korzyści jakie z tego wynikają, takowy charakter, zdaniem odwołującego, posiada.

Odnosząc się do zastrzeżenia zamawiający, że odwołujący nie wykazał, że zastrzeżona treść wyjaśnień zawiera sposoby obliczenia ceny, czy strategię rozporządzenia zasobami unikalne dla określonego rodzaju ofert, stwierdził że powyżej wyjaśnił silny związek pomiędzy kalkulacjami przygotowywanymi na potrzeby różnych postępowań prowadzonych przez GDDKiA; czynności zlecane w ramach wielu pozycji TER są rutynowo powierzane podwykonawcom, wynegocjowane warunki i stabilność współpracy są kluczowe dla należytego wykonania umowy, a wręcz jej podpisania oraz możliwości dalszego konkutowania w podobnych zadaniach (to samo się tyczy innych elementów cenotwórczych). Stwierdził, że strategia wyceny jest wspólna i unikalna dla wszystkich postępowań zbudowanych na systemie ujednoliconych TER.

W ocenie odwołującego z treści i sposobu przedstawienia wyjaśnień z 18.10.2021 r. nie powinny wynikać jakiejkolwiek obiektywne co do tego, która ich część zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa, uzasadnioną obszernie w osobnym dokumencie, oraz że takową tajemnicę obejmuje samo uzasadnienie - skoro jeden z dokumentów został wyróżniony jako jawny i wzmiankowano w nim, że jedynie dalsza część (wyłączona do oddzielnego pliku) ma charakter poufny, to trudno uznać, że miałyby go dotyczyć uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy; zarazem gdyby drugi z nich nie zawierał jasno sformułowanej adnotacji to nawet w takim przypadku nie powinno nastroczać trudność do czego odnosi się uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy.

Wskazał, że brak dopisku, że dotyczy Wyjaśnień z 18.10.2021 r. - „plik z tajemnicą” lub podobnego, wobec jednoznacznego oznaczenia tych wyjaśnień i podzielenia na jawne/tajemnica, nie może przesądzać o bezskuteczności zastrzeżenia lub być źródłem wątpliwości w tym zakresie. Podniósł, że gdyby było inaczej, to zamawiający powinien był zastosować art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp i wezwać odwołującego do wyjaśnień.

Uznał, że z treści pisma zamawiającego z 26.10.2021 r. wynika, że zamawiający nie kwestionuje możliwości wykorzystania tej regulacji do rozwiania wątpliwości dotyczących wyjaśnień. Skoro zatem odwołania z 04.11.2021 r. i zawartych tam stwierdzeń zamawiający nie traktuje jako materiału równoważnego do odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, wywodził odwołujący, to powinien był sięgnąć do tego przepisu zamiast formułować twierdzenia o braku możliwości ustalenia, jaka część wyjaśnień (jawna, czy poufna), jest objęta tajemnicą.

Stwierdził, że oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy oraz uzasadnienie zostały złożone, niczego w tym kontekście nie brakuje, a jedynie zamawiający ma problemy z odczytaniem intencji odwołującego, do czego się odnoszą.

Oceenił, że w tych warunkach nic nie limitowało wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp; celem przepisu jest zapewnienie uczestnikom wytłumaczenia tego, co zostało przedstawione nieprecyzyjnie, pozwala on reagować na sytuację, w których oferty (oświadczenia, dokumenty, przedmiotowe środki dowodowe) wzbudzają wątpliwości. Uzupełnił, że intencją ustawodawcy było umożliwienie zamawiającym, a nawet, w określonych okolicznościach, zobowiązanie ich do tego, usunięcia niejasności, zwłaszcza jeśli ich źródłem jest oferta najkorzystniejsza.

Odnosząc się do przypisanych zamawiającemu wątpliwości co do możliwości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści całych dokumentów, a nie jedynie informacji, co do których wykazano istnienie przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wskazał, że wyodrębnił w ramach wyjaśnień część jawną i tajemnicę; w tej drugiej grupie zgromadził informacje, które jako całość nie są powszechnie znane i dostępne, a w stosunku do takiego zbioru, o istotnej wartości gospodarczej, podjął działania w celu utrzymania w tajemnicy. Podkreślił, że liczą się przy tym nie tylko pojedyncze, suche dane, ale także sposób ich przedstawienia tak, aby całość była zrozumiała, czytelna, a w rezultacie wiarygodna i przekonująca; w takiej sytuacji informacje niewrażliwe mogą się częściowo przeplatać z elementami zasadniczo jawnymi, co nie

może skutkować udostępnieniem (odtajnieniem) wszystkiego.

Podsumował, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy jest kompletne i wyczerpujące, a przedstawionych argumentów nie mogą niweczyć wątpliwości, a głównie na nich oparta została decyzja o odtajnieniu z 19.11.2021 r.

Podniósł, że oczekiwania dowodów na skuteczność zabezpieczeń, wartości tajemnicy, itd. (niezależnie od faktu, że takie dowody zostały złożone) nie ma jednoznacznego uzasadnienia w przepisach - art. 18 ust. 3 ustawy Pzp zakłada konieczność wykazania, że informacje stanowią tajemnicę, czego nie można utożsamiać z udowodnieniem. Zajął stanowisko, że odmienna wykładnia prowadziłaby do nieakceptowalnych wniosków. Wskazał, że ustawa Pzp nie wymaga „udowodnienia” całego szeregu istotnych w postępowaniu informacji nt. statusu podmiotowego wykonawcy,

oświadczenia własne są wystarczające na potwierdzenie większości warunków udziału

w postępowaniu, czyli kwestii kluczowych dla oceny zdolności wykonawczej oferentów wobec czego trudno odnaleźć racjonalny powód, dla którego wykazanie, iż informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa miało być obwarowane (pomimo braku wyraźnej adnotacji w przepisach) daleko bardziej idącymi wymaganiami formalnymi niż w przypadku wspomnianych, istotnych aspektów z działalności wykonawców. Skoro nie trzeba dowodów na posiadane narzędzia, dysponowanie osobami, ich kwalifikacje i doświadczenie to trudno uznać, że wykazanie tajemnicy musi być połączone z przedstawieniem dokumentów potwierdzających zapewnienia wykonawców.

Zaznaczył, że w postępowaniach biuletynowych (ale także unijnych) zamawiający w ogóle nie ma obowiązku wymagania wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych toteż sprowadzanie konieczności „wykazania” tajemnicy do „udowodnienia” wydaje się nie mieć również uzasadnienia w intencjach ustawodawcy, który wyraźnie i konsekwentnie dąży do odformalizowania postępowań i minimalizacji obowiązków nakładanych na wykonawców (nawet w tak ważnych kwestiach jak wykazanie warunków udziału).

Podniósł, że rozmiar wdrażanych w przedsiębiorstwie zabezpieczeń powinien być

adekwatny do identyfikowalnych zagrożeń - podmiot zatrudniający tysiące pracowników w rozproszonych lokalizacjach, delegujący czynności na coraz to niższe szczeble struktury

wewnętrznej musi się liczyć z większym niebezpieczeństwem wycieku danych niż

w przypadku firmy, w której najważniejsze decyzje pozostają w rękach właściciela, tudzież

jednoosobowego zarządu. Wskazał, że najczęstszym kanałem wycieku danych niezmiennie

pozostaje człowiek w rezultacie czego utrzymywanie newralgicznych danych w gronie kilku zaufanych osób daje największą gwarancję ich nieujawnienia i nie są potrzebne żadne polityki bezpieczeństwa, schematy organizacyjne, itp.; wspólnota interesów daje większą ochronę niż jakiegokolwiek nakazy i zakazy wobec personelu.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta DVD-R) przy piśmie z dnia 2 grudnia 2021 r. - dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie - pismo z dnia 8 grudnia 2021 r., Pisma przygotowawczego odwołującego z 10 grudnia 2021 r., Pisma procesowego przystępującego z 10 grudnia 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępujących zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zamawiający ustanowił (rozdział I pkt 21 SWZ) trzy kryteria oceny ofert:

1. cenę, przypisując jej wagę 60%,
2. emisję spalin, przypisując jej wagę 30%,
3. kwalifikacje zawodowe personelu, przypisując im wagę 10%.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęło 8 ofert, w tym oferta odwołującego

(oferta nr 7) z najniższą ceną w wysokości 67 141 400, 63 zł (pkt 13 „Zestawienie ofert” prowadzonego przez zamawiającego Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

Pismem z dnia 7 października 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego, powołując się na 224 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

18 października 2021 r. odwołujący, odpowiadając na ww. wezwanie przekazał zamawiającemu, za pośrednictwem platformy eB2B, wyjaśnienia wraz z szeregiem załączników, w tym - jako załącznik nr 1 do wyjaśnień - uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny, zastrzegając jednocześnie, że część wyjaśnień (także uzasadnienie) zawiera informacje stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 19 listopada 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, iż „dokonał badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji i dokumentów przedstawionych (...) w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny” oraz o tym, że „postanawia odtajnić wszystkie dokumenty (...) przekazane poprzez platformę eB2B w dniu 18.10.2021 r. w związku z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi do nich materiałami, wyjaśnieniami i uzasadnieniami.”, wskazując jednocześnie, że „po upływie terminu przewidzianego na wniesienie odwołania, udostępni przedmiotowe dokumenty do wglądu innym wykonawcom oraz innym osobom na ich wniosek.”

Zgodnie z pkt 14 „Oferty odrzucone” ww. Protokołu zamawiający nie odrzucił żadnej oferty, nie dokonał także wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 15 „Najkorzystniejsza oferta”).

Przystępując do rozpoznania odwołania w pierwszej kolejności skład orzekający Izby zobowiązany był ustalić, czy odwołujące się konsorcjum spełnia przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania (posiada legitymację do jego wniesienia), tj. naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody, będące wynikiem kwestionowanych czynności (zaniechań) zamawiającego, przy czym oceny tej skład orzekający Izby zobowiązany był dokonać z uwzględnieniem zakresu zarzutów i żądań objętych odwołaniem.

Art. 7 pkt 18 ustawy Pzp brzmi: „Ilekcć w niniejszej ustawie jest mowa o (...) 18) postępowaniu o udzielenie zamówienia - należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzonego jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu”.

Zgodnie z przepisem art. 513 pkt 1) ustawy Pzp „Odwołanie przysługuje na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia (.)”

Odwołujący oświadczył, że wnosi odwołanie na podstawie art. 513 pkt 1) ustawy Pzp wobec „czynności Zamawiającego polegających na odtajnieniu informacji zawartych we wszystkich dokumentach przekazanych przez Odwołującego poprzez platformę eb2B w dniu

18.10.2021 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi do nich materiałami, wyjaśnieniami i uzasadnieniami” (str. 1 drugi akapit).

Oceniając legitymację odwołującego do wniesienia odwołania (na moment jego

wniesienia, na który legitymacja ta jest badana) przez pryzmat powyższego oświadczenia, należy dojść do wniosku, że odwołanie odwołującemu nie przysługuje, jest przedwczesne, ponieważ zamawiający nie odtajnił jeszcze „informacji zawartych we wszystkich dokumentach przekazanych przez Odwołującego poprzez platformę eB2B w dniu

18.10.2021 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi do nich materiałami, wyjaśnieniami i uzasadnieniami”, a „jedynie” zapowiedział ich odtajnienie, tj. że „po upływie terminu przewidzianego na wniesienie odwołania, udostępni przedmiotowe dokumenty do wglądu innym wykonawcom oraz innym osobom na ich wniosek” (zawiadomienie zamawiającego z 19 listopada 2021 r. o dokonaniu badania i oceny skuteczności zastrzeżenia ostatni akapit). Wskazana czynność definitywna nie nastąpiła.

Jednocześnie w dalszej części odwołania, wskazując przepisy, których naruszenia przez zamawiającego się dopatrył, odwołujący ujął naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 65 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, „poprzez postanowienie o odtajnieniu wszystkich dokumentach przekazanych przez Odwołującego poprzez platformę eB2B w dniu

18.10.2021 r. w związku z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi do nich materiałami, wyjaśnieniami i uzasadnieniami, pomimo że stanowią skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego” (str. 1 ostatni akapit, strona 2 pierwszy akapit).

Oceniając legitymację odwołującego do wniesienia odwołania przez pryzmat powyższego, należy dojść do wniosku, że odwołanie odwołującemu przysługuje, ponieważ w zawiadomienie z dnia 19 listopada 2021 r. o dokonaniu badania i oceny skuteczności zastrzeżenia zamawiający oświadczył, że „postanawia odtajnić wszystkie dokumenty przekazane (...) poprzez platformę eB2B w dniu 18.10.2021 r.” (str. 1 pierwszy akapit).

Uwzględniając powyższe, skład orzekający przyjął, że odwołanie zostało wniesione nie wobec czynności odtajnienia dokumentów (której to czynności zamawiający nie wykonał), ale wobec czynności zamawiającego, polegającej na badaniu i ocenie skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji i dokumentów przedstawionych przez odwołującego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, z czym koreluje żądanie uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego ww. informacji i ich nieujawniania (str. 2 żądanie II), a także podnoszona w odwołaniu argumentacja.

Zaistnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp należy oceniać każdorazowo w sposób samodzielny i niezależny.

Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania się przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej interesem w uzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający Izby zbadał jego istnienie w przypadku odwołującego się konsorcjum na podstawie treści odwołania, przede wszystkim na podstawie następującej części odwołania: „Powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu jego realizacji. Odtajnienie newralgicznych informacji może spowodować w szczególności zerwanie współpracy z podwykonawcami i utratę zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Odwołujący bowiem kalkulując koszty i udowadniając realność ceny w ramach złożonych w dniu 18.10.2021 r. wyjaśnień wskazał na konkretne dane wynikające z zawartych umów. Gdyby to nastąpiło Konsorcjum mogłoby nie być w stanie zawrzeć umowy z Zamawiającym, wobec braku koniecznego zaplecza, do jej należytego wykonania” (str. 2 drugi akapit).

Tytułem zagadnień wstępnych wskazać także należy, że uwarunkowanie poddania rozpoznania odwołania co do meritum posiadaniem przez wnoszącego to odwołanie wykonawcę interesu w uzyskaniu zamówienia oznacza, że wykonawca nie można

powoływać się na inny interes niż ten, polegający na dążeniu do uzyskania zamówienia.

Legitymowanie się przez wnoszącego odwołanie wykonawcę interesem w uzyskaniu zamówienia oznacza stan, w którym ma on lub miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, zaprzeczającą niezgodnymi z przepisami czynnościami zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których zamawiający jest zobowiązany. Odwołujący musi więc

wykazać, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwość uzyskania zamówienia potrzebę uzyskania konkretnego rozstrzygnięcia.

Podkreślenia wymaga nadto, że przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp łączy szkodę z interesem wykonawcy w uzyskaniu zamówienia.

Odwolujący wskazał - w odniesieniu do dostrzeżonych naruszeń zamawiającego (które określił dalej jako „uchylenia”), że „doprowadziły do naruszenia interesu

Odwolującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenie go przy tym na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu jego realizacji” (str. 2 drugi akapit pierwsze zdanie), z czym zgodzić się nie sposób, ponieważ oferta odwołującego (na moment

wniesienia odwołania) nie została odrzucona, co oznacza, że odwołujący ma szansę na

uzyskanie zamówienia, tym bardziej, że zaoferował najniższą cenę, a kryterium cenowemu zamawiający przypisał najwyższą wagę (60 %). Odwołujący ma zatem szansę na uzyskanie zamówienia, a tym samym na osiągnięcie zysku z tytułu realizacji zamówienia. Nie można wobec tego zasadnie twierdzić, że zamawiający swoim działaniem, przyjmując, że działanie to jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp, pozbawił odwołującego możliwości uzyskania zamówienia (czy choćby je utrudnił) w wyniku czego odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że - jak wskazuje doktryna i orzecznictwo - odwołanie jest środkiem ochrony prawnej nakierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na możliwości uzyskania zamówienia, tj. wyboru oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Rozpoznawane przez skład orzekający lzby odwołanie nie jest nakierowane na poprawę

sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania zamówienia, ponieważ odwołujący możliwość taką ma.

Nie można nadto, co także wskazuje doktryna i orzecznictwo - sprowadzać korzystania ze środków ochrony prawnej do korygowania wszystkich nieprawidłowości, których dopuścił się zamawiający w trakcie postępowania - nieprawidłowości irrelewantnych w stosunku do możliwości uzyskania zamówienia. W postępowaniu odwoławczym bez znaczenia pozostają rozważania wobec nieprawidłowości jakich ewentualnie nie ustrzegł się zamawiający, o ile nie przekładają się na sytuację odwołującego w sposób, który pozwoli mu na uzyskanie zamówienia.

Wartym wreszcie zaznaczenia jest, iż odwołujący nie może upatrywać legitymacji do wniesienia odwołania ze względu na możliwe późniejsze zdarzenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia; w przypadku ewentualnych odwołań konkurencyjnych wykonawców, po ujawnieniu wyjaśnień złożonych przez odwołującego w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny, odwołujący będzie miał możliwość ochrony swojego interesu w uzyskaniu zamówienia jako przystępujący do postępowań odwoławczych wywołanych tymi odwołaniami.

Odnosząc się dodatkowo do kwestii „zerwania współpracy z podwykonawcami i utraty zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia” (str. 2 drugi akapit drugie zdanie), które odwołujący wskazywał jako zagrażające jego interesowi w uzyskaniu zamówienia i spodziewanemu zyskowi z jego realizacji (co potwierdził na rozprawie), skład orzekający lzby ponownie wskazuje, o czym była już mowa powyżej, że interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i zysku z tytułu jego realizacji nie są - na moment wniesienia odwołania (na który to moment badana jest legitymacja do wniesienia odwołania) - zagrożone.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 5 lutego 2016 r. sygn. akt XII Ga 788/15, skład orzekający, stwierdza, że „(.) rzeczą wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie wpływu podnoszonych zarzutów na sytuację wykonawcy, wyrażającego się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę, w następstwie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób pozwalający na uchwycenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem po stronie wykonawcy”.

Bezsprzecznie ustawodawca w przepisie art. 505 ust.1 ustawy Pzp przewidział, jako niezbędne, zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego a szkodą odwołującego toteż w każdym przypadku koniecznym jest wskazanie przez odwołującego, że zamawiający dokonał (zaniechał) czynności z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub choćby możliwość poniesienia przez odwołującego szkody.

Wskazać należy, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają - jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. sygn. akt V CSK 18/08 następstwo ma charakter

normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Gdyby oceniać legitymację odwołującego do wniesienia odwołania wyłącznie przez przyzmat przesłanki szkody, tj. wskazanej przez odwołującego szkody, polegającej na „zerwaniu współpracy z podwykonawcami i utraty zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia”, stwierdzić by należało, że zerwanie współpracy nie jest typowym, oczekiwanym w zwykłej kolejności rzeczy następstwem oceny zamawiającego (naruszającej przepisy ustawy Pzp), że zastrzeżenie przez odwołującego informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieskuteczne. Odwołujący żadnych argumentów w tym zakresie nie przedstawił. Zwraca uwagę fakt - w kontekście liczby mnogiej - „zerwanie współpracy z podwykonawcami”, że w ofercie (Formularz oferty pkt 5) odwołujący wskazał jednego podwykonawcę, będącego jednocześnie podmiotem udostępniającym odwołującemu swoje zasoby toteż wątpliwości budzi powołanie się przez odwołującego na umowy (nie umowę) w aspekcie utraty zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby nie jest racjonalnym przyjęcie, że podwykonawcy zwykle w ww. sytuacji „zrywają współpracę”, ponieważ należy założyć, że będą jednak chcieli (podobnie jak sam odwołujący) osiągnąć zysk związany z realizacją dla odwołującego dostaw czy usług w ramach udzielonego odwołującemu zamówienia.

Nawet nieprawidłowa (z naruszeniem przepisów ustawy Pzp) ocena przez zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień odwołującego dotyczących ceny nie pozbawia odwołującego szansy na uzyskanie zamówienia i zysku z tytułu jego realizacji.

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby wskazuje, że odwołanie nie mogłoby zostać uwzględnione, ponieważ nawet przypisanie zamawiającemu wskazanych przez odwołującego w odwołaniu naruszeń nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”).

„Przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.” (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 maja 2008 r. sygn. akt XXIII Ga 2057/17).

Wynikiem postępowania, o którym mowa w przepisie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest podjęte z zachowaniem ustalonych zasad rozstrzygnięcie, będące następstwem prawidłowo przeprowadzonych przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

O wyniku postępowania, jego rezultacie (wyborze oferty najkorzystniejszej, w konsekwencji którego zamawiający zawiera z wykonawcą, którego oferta została wybrana umowę; sama umowa wykracza poza ramy postępowania o udzielenie zamówienia, co wynika z definicji legalnej postępowania o udzielenie zamówienia) decyduje treść złożonej przez odwołującego oferty (ewentualnie „uzupełniona” o składane w toku postępowania wyjaśnienia wykonawcy), która nie może podlegać odrzuceniu z jakiegokolwiek przyczyny, za co odpowiada wyłącznie wykonawca składający ofertę. Skoro oferta odwołującego jest poprawna (a musi być poprawna, aby zamawiający mógł wskazać ją jako najkorzystniejszą) to zostanie to potwierdzone w postępowaniu odwoławczym, w którym odwołujący będzie mógł bronić swoich interesów.

O ile zagrożeniem dla odwołującego (zagrożeniem w uzyskaniu zamówienia) nie jest weryfikacja jego oferty przez pozostałych wykonawców (skoro oferta ta musi być poprawna, nie może podlegać odrzuceniu), o tyle dla konkurencyjnych wykonawców zagrożeniem ich interesu w uzyskaniu zamówienia jest brak możliwości weryfikacji oferty odwołującego. Godzi się przy tym zaznaczyć, że nie zasługuje na ochronę dążenie jakiegokolwiek wykonawcy, aby zamawiający nie ujawniał oferty, ponieważ jej weryfikacja przez konkurencyjnych wykonawców może doprowadzić do ujawnienia przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty tegoż wykonawcy.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby stwierdził, że odwołujący nie spełnia materialnoprawnych przesłanek skorzystania z odwołania jako środka ochrony prawnej z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp toteż wniesione odwołanie podlega oddaleniu bez konieczności merytorycznego rozpoznawania zarzutów podniesionych w odwołaniu (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r. sygn. akt IX Ga 44/08).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 8 ust. 2 i § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

KIO 3469/21