

WYROK

z dnia 14 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Monika Szymanowska

Członkowie:

Maksym Smorczewski

Bartosz Stankiewicz

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2022 r. przez odwołującego Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie przy udziale wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego SHARP Electronics (Europe) G.m.b.H. w Hamburgu (Niemcy), w imieniu i na rzecz której działa „Sharp Electronics (EUROPE) GMBH Sp. z o. o. Oddział w Polsce” w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:

1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy SHARP Electronics (Europe) G.m.b.H. w Hamburgu (Niemcy) do uzupełnienia

podmiotowych środków dowodowych w postaci dokumentów

potwierdzających niekaralność panów T.Y.J. i N.S. oraz dokumentu

potwierdzającego brak zalegania z opłacaniem podatków,

1.3. odtajnienie wadliwie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny złożonych przez wykonawcę SHARP Electronics (Europe) G.m.b.H. w Hamburgu (Niemcy) wraz z dowodami,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę SHARP Electronics

(Europe) G.m.b.H. w Hamburgu (Niemcy) i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy SHARP Electronics (Europe) G.m.b.H. w Hamburgu (Niemcy) na rzecz odwołującego Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o. o. w Warszawie kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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:

Członkowie:

Uzasadnienie

wyroku z dnia 14 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt: 479/22

Zamawiający - Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych al. Jana Pawła II 13, 00-828 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Usługa dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych wraz z systemem zarządzania”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 31 grudnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 255-674784, zwane dalej „postępowaniem”.

Postępowanie na usługi, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 21 lutego 2022 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o. o. ul. Krakowiaków 44, 02-255 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 128 ust. 1 PZP w zw. art. 16 pkt 1 PZP w zw. § 4 ust. 1 pkt 1, 3 i ust.

3 rozporządzenia Ministra Pracy, Rozwoju i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: „Rozporządzenie ws. podmiotowych środków dowodowych”) poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Sharp do złożenia lub uzupełnienia dokumentów złożonych na wezwanie

Zamawiającego z dnia 4 lutego 2022 r. w zakresie wykazania braku podstaw wykluczenia z Postępowania, tj. zaświadczeń o niekaralności wystawionych dla T.Y.J. i dla N.S. oraz dokumentu potwierdzającego brak zalegania z opłacaniem podatków przez SHARP ELECTRONICS (EUROPE) GMBH, i uznanie złożonych dnia 8 l u tego 2022 dokumentów za prawidłowe i kompletne, podczas gdy wykonawca Sharp złożył dokumenty, które są nieprawidłowe i niekompletne, tj. swoim zakresem nie potwierdzają braku istnienia podstaw wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1) i pkt 2) PZP oraz 109 ust. 1 pkt 1) PZP, co w konsekwencji stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1-2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2020 r. poz. 1913 ze zm.) (dalej: „z.n.k.”) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia jawnych dokumentów Postępowania, tj. wyjaśnień dot. wyliczenia ceny wraz z dowodami złożonych przez wykonawcę Sharp, o których przekazanie wnioskował Odwołujący dnia 11 lutego 2022 r., pomimo, że stanowią one dokumenty i informacje jawne, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę Sharp jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie określonym w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy SHARP Electronics (Europe) G.m.b.H. ul. Nagelsweg 33-35, 20097 Hamburg, Niemcy, w imieniu i na rzecz której działa „Sharp Electronics (EUROPE) GMBH Sp. z o. o. Oddział w Polsce” w Warszawie (zwanego jako „Sharp”) jako najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert, w konsekwencji wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, wezwania Sharp do uzupełnienia dokumentów, tj. zaświadczeń o niekaralności wystawionych dla T.Y.J. i N.S. obejmujących zakres wskazany w art. 108 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 p.z.p. oraz dokumentu potwierdzającego brak zalegania z opłacaniem podatków przez SHARP Electronics (Europe) G.m.b.H. zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p., a także udostępnienia odwołującemu pełnej treści wyjaśnień wyliczenia ceny oferty i dowodów złożonych przez wykonawcę Sharp. Ponadto wniesiono o zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zgodnie z treścią wezwania zamawiającego z dnia 4 lutego 2022 r. wykonawca Sharp miał obowiązek złożyć m.in.: 1) informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 p.z.p., sporządzoną nie wcześniej niż sześć miesięcy przed jej złożeniem i 2) zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p., wystawione nie wcześniej niż trzy miesiące przed złożeniem. Wykonawca, w odpowiedzi z dnia 8 lutego 2022 r. nie złożył wszystkich wymaganych dokumentów lub złożone dokumenty są niekompletne, tj. swoim zakresem nie obejmują potwierdzenia braku istnienia podstaw wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Na potwierdzenie niekaralności członków zarządu wykonawca Sharp złożył dokumenty dla T.Y.J. i dla N.S. wystawione odpowiednio 8 i 13 grudnia 2021 r. przez Disclosure & Barring Service (zwanego jako „DBS”) w formie „Standard Certificate”. W ocenie odwołującego dokumenty te nie są wystarczające na potwierdzenie braku istnienia podstaw wykluczenia w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p., co wynika wprost z ich treści. Przedłożone standard certificate obejmują tylko wybraną, określoną liczbę przestępstw (zgodnie z ustawą o Policji z 1997 roku) takich jak fałszerstwo, dokonywanie zmian w treści zaświadczeń, uzyskiwania zaświadczenia pod fałszywym

pretekstem oraz wykorzystywanie zaświadczenia dla własnych celów zaświadczenia

wydanego innej osobie. Standard certificate nie obejmuje zatem potwierdzenia

o niekaralności w zakresie takich przestępstw jak np. udział w zorganizowanej grupie przestępczej, handel ludźmi, popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym,

tj. przestępstw wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p. (w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 2 p.z.p.).

Ten rodzaj zaświadczenia nie odzwierciedla zatem swoim zakresem rodzaju przestępstw, co do których zgodnie z przepisami ustawy p.z.p. jest wymagane potwierdzenie niekaralności.

Według odwołującego, w przypadku wykonawców (członków organów zarządzających/nadzorczych) pochodzących z Wielkiej Brytanii istnieją co najmniej dwa rodzaje zaświadczeń - wydawane przez Disclosure Scotland oraz DBS. Zakres zaświadczeń wydawanych przez te podmioty znacząco się różni. DBS wydaje dwa rodzaje zaświadczeń, tj. standard lub enhanced certificate. Zaświadczenia te są wydawane zgodnie z częścią

V ustawy o Policji z 1997 r. Zaświadczenie enhanced certificate jest najszerszym z możliwych do uzyskania zaświadczeń z rejestru DBS w zakresie niekaralności osoby fizycznej. Zakres informacji, których dotyczy, jest jednak także znacznie ograniczony. Z łatwo i ogólnodostępnych informacji pozyskanych przez odwołującego wynika, że zaświadczenia pochodzące z DBS stosowane są w Wielkiej Brytanii na potrzeby pracodawcy na rynku pracy, w celu potwierdzenia niekaralności przyszłego pracownika aplikującego na konkretne stanowisko. Zakres informacji o niekaralności gromadzonych i potwierdzanych przez DBS jest ograniczony wskazaną powyżej ustawą o Policji z 1997 r. i w żaden sposób nie odpowiada katalogowi przestępstw i wykroczeń podanych w art. 108 i 109 p.z.p. (dawniej art. 24 ust. 1 pkt 13 - 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 - 6), co potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza

w nadal aktualnym wyroku z dnia 22 grudnia 2015 r. o sygn. KIO 2596/15, KIO 2589/15.

W Wielkiej Brytanii instytucja DBS nie jest uprawniona do wydawania zaświadczeń potwierdzających brak karalności na potrzeby postępowania w sprawach zamówień publicznych, nie zawiera ona w swych zasobach informacji dotyczących pełnego katalogu przestępstw, a wyłącznie te, które są istotne z punktu widzenia pracodawcy. Zaświadczenie z DBS wydawane jest bowiem w celu pozyskania informacji o niekaralności przyszłych pracowników ubiegających się lub pracowników już świadczących pracę.

Natomiast Disclosure Scotland jest instytucją obejmującą swoim zakresem cały obszar Zjednoczonego Królestwa, która zbiera i gromadzi dane z trzech rejestrów: Scottish

Criminal History System (Szkocki Rejestr Karny), UK-wide Police National Computer (Brytyjski Krajowy Komputer Policyjny), Access NI (Rejestr Irlandii Północnej). Zatem

zdaniem odwołującego należałoby uznać, że wydawane przez Disclosure Scotland zaświadczenia obejmują swoim zakresem informacje o niekaralności podobne do informacji pochodzącej z polskiego KRK w zakresie określonym aktualnie w art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Podobnie wskazano w wyroku Izby z dnia 22 stycznia 2015 r. o sygn. KIO 2821/14.

Co istotne, wyrok ten potwierdza brak możliwości złożenia oświadczenia własnego przez wykonawcę (pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy), skoro w Wielkiej Brytanii istnieją rejestry wydające zaświadczenia o niekaralności w zakresie odpowiadającym polskiemu KRK, bowiem możliwość złożenia oświadczeń własnych została ograniczona jedynie do wyjątkowych przypadków, gdy w miejscu zamieszkania danej osoby nie wydaje się stosownych zaświadczeń (takie stanowisko także w wyrokach Izby z 3 marca 2014 r., sygn. KIO 191/14, z 14 września 2015 r. sygn. KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15, czy z dnia 2 września 2015 r. o sygn. KIO 1822/15).

Według odwołującego powyższe potwierdza, że wykonawca Sharp nie złożył na wezwanie zamawiającego odpowiednich dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p. dla T.Y.J. i N.S., a tym samym zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy Sharp na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. do złożenia lub uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Dalej odwołujący wskazał, że z udostępnionych przez zamawiającego dokumentów wynika, że wykonawca Sharp w odpowiedzi na wezwanie z dnia 4 lutego 2022 r. nie złożył dokumentu potwierdzającego brak zalegania z opłacaniem podatków przez SHARP Electronics (Europe) G.m.b.H. (zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p.), tj. odpowiednika polskiego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego. Takie zaświadczenie złożono jedynie dla oddziału wykonawcy w Polsce. W zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p. dotyczącym SHARP Electronics (Europe) G.m.b.H. w Hamburgu (Niemcy) załączono jedynie oświadczenie własne (złożone przed notariuszem), ale dotyczące jedynie braku zalegania z zapłatą składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. W oświadczeniu wskazano, że w tym zakresie nie ma odpowiedniej instytucji na terenie Niemiec wydającej takie zaświadczenia. Jeżeli w zakresie braku zalegania z płatnością podatków nie ma takiego rejestru, to wykonawca Sharp powinien także złożyć oświadczenie własne (pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy) potwierdzające brak zaległości w zakresie płatności podatków.

Jednakże z informacji ogólnodostępnych wynika, że niemiecki urząd skarbowy - Finanzamt wydaje zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu podatków. W związku z tym, w przypadku istnienia na terenie Niemiec instytucji wydającej zaświadczenia o braku posiadania zaległości w opłacaniu podatków wykonawca Sharp zobowiązany był do złożenia zaświadczenia pochodzącego z tej instytucji dotyczącego SHARP Electronics (Europe) G.m.b.H. w Hamburgu (Niemcy). W ocenie odwołującego zamawiający nie posiadał żadnego dokumentu pochodzącego od wykonawcy, na podstawie którego mógł uznać, że przesłanki

określone w art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p. nie zostały spełnione, że wykonawca Sharp nie podlega wykluczeniu z postępowania. Tym samym zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy Sharp na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. do złożenia lub uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak zalegania w opłacaniu podatków przez SHARP Electronics (Europe) G.m.b.H. w Hamburgu (Niemcy), a zaniechanie w tym zakresie niewątpliwie stanowi naruszenie przepisów p.z.p.

W dalszej kolejności podniesiono, że zamawiający w postępowaniu w naruszył także zasadę jawności poprzez brak udostępnienia odwołującemu nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonych przez wykonawcę Sharp, a tym samym utrudniając odwołującemu w terminie na złożenia odwołania skuteczną weryfikację czynności i zaniechań zamawiającego zaistniałych w postępowaniu.

Zamawiający bezpodstawnie udostępnił odwołującemu wyłącznie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Sharp, nie przekazując nawet części opisowej wyjaśnień, czy zanonimizowanej kalkulacji oferty. Rzeczne zastrzeżenie jest zaś jedynie oświadczeniem, ogólnikową deklaracją zastrzeżenia informacji w poufności, nie wykazuje w żaden sposób spełnienia przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 z.n.k., które należy spełnić łącznie. Natomiast treść zastrzeżenia wskazuje na następujące kwestie przesądzające o oczywistej pełnej jawności wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Sharp. Po pierwsze, zastrzeżenie jest dokumentem będącym zbiorem ogólników, który odwołuje się w swej treści do art. 8 ust. 1 nieobowiązującej już ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., a także definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanej niegdyś w art. 11 ust. 4 z.n.k., przytaczając również nieaktualne w świetle najnowszego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Po drugie, wykonawca Sharp nie uprawdopodobnił wystąpienia przesłanek do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanych w art. 11 ust. 2 z.n.k., ani ich nie wykazał.

W opinii odwołującego wykonawca Sharp nie wykazał, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą ograniczając się do wymienienia standardowych składników wyjaśnień w postępowaniach na usługę wydruku i podsumowując, że wskazują one na strategię cenową oferty. Następnie wykonawca nadmienił, że „Zajęta przez przedsiębiorcę pozycja na liście rankingowej ofert wskazuje, iż źródło zaopatrzenia przedsiębiorcy zapewnienia przewagę przedsiębiorcy w stosunku do innych wykonawców, co przesądza, iż dane o źródle zaopatrzenia przedsiębiorcy mają wymierną wartość gospodarczą”. Wskazano też, że informacje zawarte w ofercie stanowią o know-how wykonawcy w zakresie przygotowania ofert, przez co mają walor gospodarczy.

Analizując treść zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w kontekście wykazania przesłanki dotyczącej wartości gospodarczej należy wskazać, że wykonawca w sposób nieuzasadniony utożsamia pozycję rankingową swojej oferty z wartością gospodarczą zastrzeganych informacji. Wykonawca Sharp nie ma przecież informacji jakie urządzenia zaoferował jego konkurent, czy są to urządzenia nowe, czy używane. Przyjęcie takiego sposobu myślenia jako poprawnego skutkowałoby niemożliwością zweryfikowania przez innych wykonawców tego, czy dany wykonawca z najniższą ceną nie zaoferował ceny dumpingowej, czy też zweryfikowania tego, czy w cenie oferty tego wykonawcy zostały wycenione wszystkie elementy kosztotwórcze. Ponadto przedstawiono jedynie zbiór ogólników, nie wykazując obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do poszczególnych informacji, dowodów zawartych w wyjaśnieniach. Nie wykazano w jaki sposób zastrzeżone informacje mogą posłużyć np. odwołującemu w osłabieniu jego pozycji na rynkowej. Wykonawca Sharp nie wyjaśnił także w jaki sposób informacja dotycząca kosztów sprzętu, czy ilość robocizny szacowanej przez niego do wykonania konkretnego zamówienia mogłaby zostać wykorzystana przez innego wykonawcę. Na obowiązek wykazania tych okoliczności wskazuje najnowsze orzecznictwo Izby, przykładowo wyrok z dnia 5 października 2021 r. sygn. akt KIO 2427/21.

Wykonawca Sharp nie wykazał również szkody jaką mógłby ponieść na skutek odtajnienia zastrzeżonych informacji, do czego był obowiązany. Nie wskazał czy dostawca/źródło zaopatrzenia, o którym wspomina w zastrzeżeniu uznał, że przekazane informacje stanowią dla niego wartość gospodarczą, uznaje te informacje za poufne. Co

istotne także, w zastrzeżeniu tajemnicy gospodarczej mamy sprzeczność - z jednej strony wskazuje się, że zastrzeżone informacje pokazują strategię cenową złożonej oferty - mają charakter indywidualny, z drugiej zaś strony podnosi się, że ujawnienie zastrzeżonych informacji skutkowałoby ujawnieniem know-how w zakresie przygotowywania ofert, strategii kształtowania ofert. Izba wielokrotnie wskazywała, że takie lakoniczne, ogólnikowe stwierdzenia co do przyjętej polityki, strategii cenowej nie mogą uzasadniać waloru gospodarczego zastrzeżonych informacji (tak wyrok Izby z 15 stycznia 2020 r. sygn. akt KIO 2616/19). Podsumowując, wykonawca Sharp w żaden sposób nie wykazał obiektywnej

wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, wręcz przeciwnie przedstawiony zbiór lakonicznych ogólników potwierdza jawność zastrzeżonych wyjaśnień kalkulacji ceny.

Dodatkowo, nie ulega wątpliwości, że wykazanie zasadności objęcia określonych informacji nie może następować jedynie przez zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia zapewnienie o okolicznościach, które bez przeszkód można by udowodnić. W treści zastrzeżenia tajemnicy wykonawca wskazuje jedynie, że jest związany umowami o poufności zawartymi z kontrahentami, nie załączając fragmentów tych umów. Ponadto wykonawca również jedynie wskazuje, że posiada politykę bezpieczeństwa informacji, czy że jego pracownicy zostali zobowiązani do zachowania informacji w poufności, nie przytaczając tych dokumentów, czy ich fragmentów. Nie wskazano również, czy źródło zaopatrzenia, o którym pisze w zastrzeżeniu tajemnicy, podjęło czynności w celu zachowania informacji w poufności, nie przedstawiono dowodów na podjęcie taki działań, co jest nieprawidłowe z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawca Sharp nie wykazuje także braku wcześniejszego ujawniania informacji przez swojego dostawcę.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem odwołującego zamawiający powinien odtajnić wadliwie zastrzeżone dane, a nieudostępnienie choćby fragmentów wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Sharp uniemożliwia odwołującemu ocenę oferty konkurenta w zakresie prawidłowości skalkulowania ceny oferty, a więc potencjalnie ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględni odwołanie w całości i zobowiązuje się do dokonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w środku zaskarżenia.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosił wykonawca SHARP Electronics (Europe) G.m.b.H. ul. Nagelsweg 33-35, 20097 Hamburg, Niemcy, działający przez „Sharp Electronics (EUROPE) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce” ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa (dalej zwany „przystępującym”). Zgłoszenie przystąpienia spełnia warunki formalne, w tym zostało wniesione przez osobę uprawnioną do reprezentacji spółki niemieckiej, nie została zgłoszona opozycja przeciwko przystąpieniu, zatem w związku ze spełnieniem przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił przystępującego do udziału w postępowaniu, co nadaje mu status uczestnika postępowania odwoławczego. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej

sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, osią sporu była ocena czy decyzja zamawiającego o wyborze oferty przystępującego była prawidłowa, ponieważ odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 128 ust. 1 p.z.p. w zw. art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. § 4 ust. 1 pkt 1, 3 i ust. 3 rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia dokumentów prawidłowo potwierdzających niekaralność dla T.Y.J. i N.S. oraz dokumentu potwierdzającego brak zalegania wykonawcy z opłacaniem podatków,
- art. 18 ust. 1 - 3 p.z.p. w zw. z art. 74 ust. 1 - 2 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k., poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia jawnych wyjaśnień przystępującego dotyczących sposobu wyliczenia ceny wraz z załączonymi do nich dowodami, kiedy nie zostały one skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności podniesione w odwołaniu - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 1 p.z.p. w zw. art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. § 4 ust. 1 pkt 1, 3 i ust. 3 rozporządzeniem ws. podmiotowych środków dowodowych (zarzut nr 1 z petitum odwołania), Izba wskazuje co następuje.

Na podstawie materiału procesowego skład orzekający ustalił, że na wezwanie zamawiającego z dnia 4 lutego 2022 r., wystosowane w trybie art. 126 ust. 1 p.z.p., przystępujący dla panów T.Y.J. i N.S. (członkowie zarządu przystępującego) złożył dwa zaświadczenia standard certificate wystawione przez Disclosure & Barring Service w Liverpoolu (dalej zwanego „DBS”), zgodnie z ich treścią stanowiące zaświadczenie o niekaralności w rozumieniu rozdziałów 113A i 114 Ustawy o Policji z 1997 roku. Przedstawiono także oświadczenie złożone przed notariuszem w dniu 20 stycznia 2022 r., w którym przedstawiciele wykonawcy oświadczają, iż SHARP Electronics (Europe) G.m.b.H. w Hamburgu (Niemcy): nie zatrudnia na terenie Niemiec żadnych pracowników, nie jest zarejestrowana jako płatnik składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne na terenie Niemiec i nie posiada żadnych zaległości w odprowadzaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Ponadto oświadczono, iż zgodnie z niemieckim porządkiem prawnym nie istnieje żadne centralne biuro uprawnione do poświadczenia tego, iż spółka, bądź jakakolwiek jednostka, nie posiada zaległości w odprowadzaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz niemieckie przepisy prawa nie przewidują wydawania takich zaświadczeń.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia lub uzupełnienia zaświadczeń o niekaralności wystawionych dla T.Y.J. i dla N.S. oraz dokumentu potwierdzającego brak zalegania z opłacaniem podatków, ponieważ w jego ocenie złożone w dniu 8 lutego 2022 r. dokumenty są nieprawidłowe i niekompletne, tj. swoim zakresem nie potwierdzają braku istnienia podstaw wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p. oraz art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p., co w konsekwencji stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 ust. 1 p.z.p.).

Przystępujący, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego nie podjął się merytorycznej obrony prawidłowości dokumentów, które złożył na wezwanie zamawiającego w przetargu. Nie przedstawiono Izbie żadnej argumentacji mogącej świadczyć, że zaskarżone środki dowodowe są prawidłowe i w sposób kompletny potwierdzają oświadczenie o braku zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy. Uczestnik postępowania ograniczył się do przedłożenia do akt sprawy dwóch dokumentów typu basic certificate wystawionych przez Disclosure Scotland w Londynie dla T.Y.J. i N.S. oraz zaświadczenia w sprawach podatkowych dotyczącego SHARP Electronics (Europe) G.m.b.H. w Hamburgu (Niemcy) i podnosił, iż wobec dysponowania tymi dokumentami przez zamawiającego przed rozprawą, mając na uwadze brzmienie art. 127 ust. 2 p.z.p., odwołanie powinno zostać oddalone. Wskazano także, iż złożenie rzeczonych dokumentów nie stanowi oświadczenia procesowego o uznaniu odwołania, a sprzeciw został wniesiony wobec uwzględnienia odwołania w całości.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że złożenie przed Izbą dokumentów, których brak w przetargu zarzucił odwołujący nie spowoduje, iż zaskarżona przez odwołującego czynność wyboru oferty przystępującego będzie prawidłowa. Nie można pominąć, że odwołujący żądał unieważnienia rozstrzygnięcia przetargu z powodu wadliwego badania i oceny ofert, więc „obejście” przez przystępującego procedury p.z.p., która w przypadku złożenia nieprawidłowych dokumentów wymaga wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia w trybie naprawczym, uregulowanym w art. 128 ust. 1 p.z.p., nie będzie następstwem naruszenia prawa dokonanego przez zamawiającego w przetargu. W postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje weryfikacji prawidłowości czynności jednostki zamawiającej, które podejmowano w przetargu, nie zaś zastępuje zamawiającego podczas badania i oceny ofert. Nie jest zatem możliwe złożenie do akt sprawy żądanych przez odwołującego dokumentów i dokonanie ich weryfikacji przez skład orzekający. Zaskarżona czynność wyboru oferty najkorzystniejszej powinna doprowadzić do wyłonienia wykonawcy, który spełnia wszystkie warunki podmiotowe, co bada się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro z ustalonego stanu rzeczy wynika, że zamawiający nie dysponował złożonymi przez przystępującego przy piśmie procesowym z dnia 7 marca

2022 r. podmiotowymi środkami dowodowymi to należało uznać, że wybór najkorzystniejszej oferty (informacja zamawiającego z dnia 10.02.2022 r.) jest wadliwy i należy go unieważnić.

Odnosząc się natomiast do argumentacji przystępującego dotyczącej konieczności zastosowania art. 127 ust. 2 p.z.p. nie sposób nie zauważyć, że norma ta nie stanowi podstawy do odstąpienia przez zamawiającego od wezwania wykonawcy, kiedy zostanie wypełniona hipoteza art. 128 ust. 1 p.z.p. (obowiązek wezwania do uzupełnienia nieprawidłowego, niepełnego dokumentu). Zwolnienie z wezwania do uzupełnienia uregulowano w art. 127 ust. 1 p.z.p., który nie ma zastosowania w rozpoznawanym sporze. Natomiast art. 127 ust. 2 p.z.p. stanowi o prawie wykonawcy do nieskładania podmiotowych środków dowodowych pod warunkiem wskazania tych środków i potwierdzenia ich prawidłowości i aktualności, czyli nie jest to ani podstawa do odstąpienia od wezwania przez zamawiającego, ani tym bardziej do zastąpienia takiego wezwania złożeniem dokumentów przed Izbą. Innymi słowy, w praktyce wygląda to tak, że na wezwanie zamawiającego wykonawca, który chce skorzystać z instytucji art. 127 ust. 2 p.z.p., oświadcza, że będące w posiadaniu zamawiającego dokumenty są prawidłowe i aktualne, więc nie ma potrzeby ponownego ich składania. Nie można więc na podstawie omawianej normy odstąpić od obligatoryjnego wezwania do uzupełnienia, ponieważ dotyczy ona prawa wykonawcy, a nie czynności wezwania dokonywanej przez zamawiającego. Ponadto spór nie sprowadza się do tego, czy zamawiający fizycznie dysponuje dokumentami, które zdaniem odwołującego należało uzupełnić, ale dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, na którą składa się także dokonanie merytorycznej oceny treści tychże dokumentów, czyli zweryfikowanie czy wobec przystępującego nie zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p. i art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p., czego zdaniem odwołującego nie zbadano w sposób należyty w przetargu.

Należy również zaznaczyć, że w praktyce zdarzają się sytuacje, kiedy zamawiający odstąpi od wezwania wykonawcy na kanwie art. 128 ust. 1 p.z.p. Następuje to, gdy jednostka zamawiająca posiada dokumenty, które miałyby zostać uzupełnione - wtedy samo wezwanie jest czynnością bezcelową (jest to tzw. samouzupełnienie dokumentów przez wykonawcę). Niemniej, brak wystosowania wezwania do uzupełnienia stanowi decyzję zamawiającego, który wpięrow zbada i oceni posiadane dokumenty jako prawidłowe. W rozpoznawanym sporze skład orzekający nakazał zamawiającemu dokonanie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających niekaralność panów T.Y.J. i N.S. oraz dokumentu potwierdzającego brak zalegania z opłacaniem podatków, ponieważ decyzja o braku wystosowania wezwania wiązałaby się z uprzednią koniecznością merytorycznej oceny podmiotowych środków dowodowych złożonych dnia 7 marca 2022 r., co jest obowiązkiem zamawiającego.

Wypada także krótko wskazać, że Izba w całości podziela stanowisko odwołującego, że złożone w przetargu podmiotowe środki dowodowe nie wykazują w sposób prawidłowy, iż przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania. Informacja będąca odpowiednikiem zaświadczenia z KRK, zgodnie z wytycznymi z § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych, jest dokumentem pochodzącym z odpowiedniego rejestru, albo - w przypadku braku takiego rejestru - innym równoważnym dokumentem wydanym przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Złożone przez przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego standard certificate, które zostały wydane przez Disclosure & Barring Service w Liverpoolu, nie obejmują wszystkich przestępstw określonych w art. 108 ust. 1 p.z.p., kiedy norma rozporządzenia stanowi o wykazaniu niekaralności dokumentem pochodzącym z odpowiedniego rejestru, czyli dokumentem zagranicznym przydatnym dla wykazania niekaralności za przestępstwa wymienione w p.z.p. Zatem mając na uwadze miejsce zamieszkania członków zarządu, przystępujący powinien w przetargu przedłożyć - tak jak zrobiono to w postępowaniu odwoławczym - zaświadczenia podstawowe (basic) pochodzące z Disclosure Scotland (por. też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27.04.2017 r., sygn. akt KIO 727/17 i wskazane w nim orzecznictwo). Natomiast w zakresie przedmiotowego środka dowodowego, który miał potwierdzać brak zaistnienia przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p. - co do braku naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, Izba stwierdziła, że nie złożono takiego dokumentu w postępowaniu. Przystępujący sam przedłożył dowód potwierdzający, że można uzyskać zaświadczenie z właściwego rejestru (§ 4 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych), zaś jego oświadczenie złożone przed notariuszem, które przedstawiono w przetargu, nie odnosi się do braku zalegania z opłacaniem podatków, stąd uzupełnienie tego braku także jest zasadne.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że zamawiający powinien uznać złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotowe środki dowodowe za nieprawidłowe i nie powinien dokonywać na ich podstawie wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej. Badanie i ocena ofert zostały przeprowadzone wadliwie, zamawiający był zobligowany do zastosowania trybu naprawczego z art. 128 ust. 1 p.z.p. w przedmiocie pełnego wykazania, że wobec przystępującego nie zachodzą podstawy

wykluczenia, co w konsekwencji spowodowało naruszenie art. 16 pkt 1 p.z.p., zatem omawiany zarzut został przez skład orzekający uwzględniony.

Izba uwzględniła również zarzut nr 2 z petitum odwołania - zaniechania odtajnienia i udostępnienia jawnych dokumentów postępowania w postaci wyjaśnień przystępującego dotyczących wyliczenia ceny wraz z załączonymi do nich dowodami, pomimo że stanowią one dokumenty i informacje jawne, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Skład orzekający ustalił, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego stanowi oświadczenie z dnia 2 lutego 2022 r., do którego nie dołączono żadnych dowodów. Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego, który nie przekazał odwołującemu utajnionych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wraz z załącznikami, skutkowałą stwierdzeniem, że czynność ta jest nieprawidłowa, ponieważ zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane nieskutecznie.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż doszło do naruszenia zasady jawności postępowania (art. 18 ust. 1 p.z.p.), ponieważ brak udostępnienia zastrzeżonych przez przystępującego informacji jest bezprawny. Utajnienie informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazane w art. 18 ust. 3 p.z.p., jest wyjątkiem od rzeczzonej zasady i nie może być wykładane rozszerzająco, dlatego też wykonawca nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia o istnieniu takiej tajemnicy, w tym sformułowanego jedynie na podstawie własnej oceny. Tajemnica przedsiębiorstwa powinna być bowiem oceniana w sposób obiektywny, czyli w oderwaniu od woli wykonawcy. Inaczej poufne pozostałoby wszystko to, co arbitralnie wykonawca uzna za zastrzeżone, kiedy informacje związane z działalnością przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią kategorię danych, mających z jego perspektywy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za sobą negatywne konsekwencje dla jego pozycji rynkowej. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie - jak trafnie wskazał Naczelny Sąd Administracyjny tajemnica gospodarcza, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu (tak wyroki NSA z 13.04.2016 r. sygn. akt I OSK 2563/14 i z 14.09.2017 r. sygn. akt I OSK 2740/15).

Izba stwierdziła, że utajnienie informacji przez przystępującego nie spełnia przesłanek art. 18 ust. 3 p.z.p., zatem nie ma podstaw, aby nie zostały one przekazane odwołującemu. Zgodnie z tą normą nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z.n.k., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Omawiany przepis nakłada więc na wykonawcę nie tylko obowiązek zastrzeżenia swoich poufnych informacji, ale też udowodnienia, że stanowią one tajemnicę gospodarczą. Ustawodawca jednoznacznie określił rozkład ciężaru dowodu obciążając stronę, która jest przekonana, że jej informacje stanowią poufne dane, koniecznością wykazania określonych okoliczności. Powyższe koreluje z koniecznością zobiektywizowanego badania prawidłowości wystąpienia wyjątku od zasady jawności, bowiem to poprzez rzeczowe i przekonujące uzasadnienie tajemnicy, poparte adekwatnymi dowodami, zamawiający ocenia czy zastrzeżenie informacji pozwala na odejście od naczelnej zasady jawności postępowania.

Obowiązek przedkładania dowodów dotyczy wykazania przesłanek materialnych zawartych w art. 11 ust. 2 z.n.k. będącego definicją legalną tajemnicy gospodarczej, co wymaga łącznego spełnienia przesłanek odnoszących się do określonego charakteru informacji (tj. charakteru technicznego, technologicznego, organizacyjnego przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą) i ujęcia ich jako całości, lub w szczególnym zbiorze, gdzie nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Skuteczne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga od wykonawcy także wykazania spełnienia przesłanki formalnej, czyli podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi, działań w celu utrzymania ich w poufności. Nie mogą to być jakiegokolwiek działania, a jedynie zachowanie kwalifikowane przez pryzmat działania przy zachowaniu należytej staranności w danych okolicznościach faktycznych. W istocie nie wydaje się uzasadnionym wymaganie od wykonawcy wykazania dowodami oddzielnie każdej z wyżej wymienionych przesłanek, niemniej, w omawianej normie zawarto wymagania, które przedsiębiorca winien podjąć dla zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa, które - jak pokazuje praktyka - są prawidłowo udawdaniane przez wykonawców.

Izba stwierdziła, że z materiału procesowego wynika, że w zastrzeżeniu tajemnicy gospodarczej przystępujący opisał szereg czynności, które podejmuje, aby chronić swoje

informacje. Wykonawca oświadczył, że ograniczył do minimum krąg osób mających dostęp do zastrzeżonych informacji, wdrożył politykę bezpieczeństwa mającą na celu właściwą ich ochronę i zobowiązał pracowników do zachowania ich w poufności (poprzez stosowne klauzule poufności). Poufność jest także zachowywana w relacjach z kontrahentami przystępującego. Okoliczności te, jak wskazał sam przystępujący są udokumentowane, np. oświadczenie o zachowaniu poufności, które składają pracownicy przedsiębiorcy czy polityka bezpieczeństwa informacji. Istnieją więc dowody, których dysponentem i autorem jest przystępujący, który nie powinien mieć trudności w ich przedstawieniu - poza tym na takie trudności wykonawca nie wskazywał ani w postępowaniu o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, ani przed Izbą.

Przystępujący zdecydował się na pozostawienie utajnienia tajemnicy gospodarczej w postaci oświadczenia z dnia 2 lutego 2022 r., z którego treści wynika, że dysponuje on właściwymi środkami dowodowymi na wykazanie, że zastrzegane dane mogą spełniać przesłanki tajemnicy przedsiębiorcy, ale dowodów tych nie złożono, pomimo takiego obowiązku nałożonego na wykonawcę przez ustawodawcę. Przy czym - co istotne dla oceny zachowania przystępującego - działanie wykonawcy w przetargu winno być oceniane przez pryzmat podwyższonego miernika staranności, który na przedsiębiorców działających na rynku zamówień publicznych nałożył ustawodawca (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p.). Zatem wykonanie obowiązków przez przystępującego należy oceniać przy uwzględnieniu, że co do zasady prowadzi on swoją działalność jako profesjonalista, więc poziom wymaganej od niego staranności jest wyższy, niż przeciętny poziom przyjęty w obrocie gospodarczym. Z tego sformułowania wynikają także wytyczne, w jaki sposób dokonywać zobiektywizowanej oceny działania wykonawcy - profesjonalny wzorzec należytej staranności uwzględnia zwiększone, czyli surowsze wymagania, z uwagi na zawodowy charakter podmiotu, którego profesjonalna, prowadzona w sposób ciągły działalność, oparta jest na jego szczególnych umiejętnościach.

Skład orzekający zatem stwierdził, że w ustalonym stanie rzeczy nie wykazano spełnienia przesłanek art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. Rację ma odwołujący, że przystępujący nie udźwignął ciężaru udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ nawet nie podjął próby w tym zakresie - jego stanowisko pozostało subiektywnym przekonaniem opierającym się na gołosłownych twierdzeniach. Brak złożenia dowodów, w postaci chociażby dokumentów, których autorem jest przystępujący, powoduje, że stanowisko wykonawcy nie jest wiarygodne. Skoro bowiem przystępujący nie zdecydował się na przedstawienie zamawiającemu i Izbie jakichkolwiek dowodów, brak ich przedstawienia należy interpretować tak, że rzeczne dokumenty nie zawierają treści wskazanych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto, skoro wykonawca nie wykazał, aby podejmował jakiekolwiek działania chroniące zastrzegane informacje, z góry narażono się na uznanie, że utajnione dane zostaną ujawnione.

W konsekwencji powyższego analiza, czy zastrzeżone wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny wraz z załącznikami spełniają przesłanki materialne dotyczące charakteru informacji, ujęcia ich we wskazany sposób i przełożenia na wartość gospodarczą wykonawcy, nie była w sprawie konieczna. Pozostawienie zastrzeżenia jako własnego przekonania strony i rezygnacja z wypełnienia obowiązku wykazania wymaganych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje, że odwołanie należało uwzględnić. Jeżeli wykonawca - pomimo twierdzenia, że istnieją dowody pozwalające na dokonanie obiektywnej weryfikacji prawidłowości utajnienia danych - podejmuje decyzję, że dowodów tych niełoży pozbawia zamawiającego i Izbę możliwości uznania, że tajemnica została prawidłowo i skutecznie zastrzeżona, co powoduje, że informacje te należy odtajnić.

Jedynie dodatkowo należy zaznaczyć, iż w ocenie składu orzekającego nie wykazano również, że zastrzeżone informacje posiadają charakter, o którym mowa w art. 11 ust. 2 z.n.k. W uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnien sposobu kalkulacji ceny oferty przystępujący podnosił, że dane te posiadają wartość gospodarczą, ponieważ dotyczą sposobu organizacji wykonawcy, w tym relacji kosztów usług i stosowanych stawek, co pozwala wyliczyć jakie upusty posiada wykonawca i poznać jego strategię kształtowania cen, która przesądza o przewadze w stosunku do innych wykonawców. O ile co do zasady dane świadczące o prowadzonej przez firmę polityce finansowej mogłyby być postrzegane jako posiadające charakter informacji o znacznej wartości gospodarczej, to w rozpoznawanym sporze nie wykazano bezpośredniego związku pomiędzy utajnioną kalkulacją ceny a prowadzoną działalnością wykonawcy. Innymi słowy, nie wykazano, że dane te w sposób obiektywny obrazują szczegóły prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, dlatego że w zastrzeżeniu tajemnicy wykonawca podkreśla, iż informacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to spójne z treścią zastrzeżonych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny odnoszących się do konkretnych urządzeń, opisanych w przedmiocie zamówienia. Ponadto obciążony ciężarem dowodu wykonawca powinien szczegółowo i rzeczowo wyjaśnić w jaki sposób informacje dotyczące wyliczenia kosztów w tym

postępowaniu miałyby ujawniać całość przyjętej przez niego polityki cenowej, czyli wskazać przekonujące okoliczności, które pozwoliłyby zamawiającemu zweryfikować jego stanowisko. Ważne jest przy tym, aby strona powołująca się na wartość gospodarczą określonych danych udowodniła istnienie tej okoliczności i sporządzając uzasadnienie decyzji utajnienia informacji przedstawiła w nich swoją argumentację w sposób wyczerpujący, kiedy w rozpoznawanym sporze informację o możliwości uzyskania przewagi rynkowej ze względu na możliwość poznania sposobu kalkulacji przystępującego pozostawiono w sferze ogólnych, nieweryfikowalnych zapewnień wykonawcy.

Rekapitulując, z materiału procesowego wynika, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k., więc zarzut zaniechania udostępnienia odwołującemu wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny z dowodami, co do których nie wykazano, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, został uwzględniony.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej

w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w postaci nieprawidłowego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

W konsekwencji powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia 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). Izba obciążyła przystępującego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględniania odwołania, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zasądzonych na podstawie złożonej do akt faktury VAT.

Skład orzekający nie uwzględnił wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów strony, ponieważ zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu strona przyczyniająca się do jego wszczęcia, czyli zamawiający, który kapitułuje - składając oświadczenie procesowe zmierzające do rezygnacji ze sporu i uznania żądania - nie może skutecznie domagać się na swoją rzecz zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, które swoim działaniem wywołał, rezygnując jednocześnie z obrony swojego stanowiska.

Warto zwrócić uwagę, że w sytuacji analogicznej procesowo, również w oparciu o zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, z uwzględnieniem braku na gruncie postępowania przed Izbą regulacji art. 101 k.p.c., Sąd Najwyższy wyjaśnił już wielokrotnie, że strona bierna, która w toku procesu zaspokoiła lub uznała roszczenie, jest w rozumieniu przepisów o kosztach procesu stroną przegrywającą. Według orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 1951 r., sygn. akt C 593/51 zaspokojenie przez pozwanego roszczenia po wytoczeniu powództwa jest równoznaczne z przegraną sprawy w rozumieniu art. 100 k.p.c. (por. wyroki SN z 22.01.1954 r. sygn. akt II C 1514/53 i z 04.07.1952 r. sygn. akt C 1080/52). Przenosząc powyższe stanowisko natury systemowej na grunt przepisów regulujących zasady zwrotu kosztów na gruncie postępowania przed Izbą należy ocenić, że zamawiający uznając odwołanie za uzasadnione - a więc przyznając, że dokonał czynności z naruszeniem prawa - nie może żądać zwrotu kosztów, ponieważ dał asumpt do jego wniesienia, a następnie uległ w postępowaniu odwoławczym. Jakikolwiek inny wniosek prowadziłby nie tylko do załamania zasady odpowiedzialności za wynik procesu, ale powodowałby procesowe preferowanie absurdalnych decyzji, czyniąc opłacalnym naruszenie prawa, wywołanie konieczności wniesienia odwołania, a następnie uznania go za uzasadnione. Powyższe ma bezpośrednie odzwierciedlenie w § 7 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia, który stanowi o poniesieniu przez przystępującego kosztów zasądzonych wyłącznie na rzecz odwołującego.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

