Sygn. akt: KIO 567/23

WYROK z dnia 14 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2023 r. przez wykonawcę MERIDIAN'S Sp. z o.o., al. Wielkopolska 29 lok 2, 60-603 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 4 w Bytomiu, al. Legionów 10, 41-902 Bytom

przy udziale wykonawcy Catermed Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie:

- zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, uprawniony jest do zaniechania wezwania do uzupełnienia Załącznika nr 2 do SWZ – oświadczenie dotyczące braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału,

- zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, uprawniony jest do utrzymania w tajemnicy

zastrzeżenia obu wyjaśnień ceny w całości (tj. wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 01.02.2023 r. oraz wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 07.02.2023 r.), niezbędnych do oceny oferty pod kątem realności ceny oraz zgodności oferty z treścią SWZ, a zastrzeżonych przez Catermed Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa

i nakazuje zamawiającemu SP ZOZ Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu nr 4 w Bytomiu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej toku:

- wezwanie wykonawcy MERIDIAN'S Sp. z o.o. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczenia dotyczącego warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 2 do SWZ),

- ujawnienia treści wyjaśnień złożonych przez Catermed Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z dnia 01.02.2023 r. oraz 07.02.2023 r.

2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, uprawniony jest do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Catermed

Sp. z o.o. pomimo tego, że wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 01.02.2023 r. nie potwierdzają realności zaoferowanej ceny,

3. Umarza postępowanie w zakresie:

- zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do przestrzegania zasady jawności, a co za tym idzie, uprawniony jest do zaniechania udostępnienia (ujawnienia) na wniosek Odwołującego oferty Catermed Sp. z o.o.,

- zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, uprawniony jest do utrzymania w tajemnicy

wyjaśnienia zastrzeżenia obu wyjaśnień ceny (tj. wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 01.02.2023 r. oraz wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 07.02.2023 r.), a zastrzeżonych przez Catermed Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa,

4. Kosztami postępowania obciąża MERIDIAN'S Sp. z o.o. oraz SP ZOZ Wojewódzki

Szpital Specjalistyczny nr 4 w Bytomiu i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez MERIDIAN'S Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez MERIDIAN'S Sp. z o.o. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 4 w Bytomiu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

4.2. zasądza od SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 4 w Bytomiu na rzecz MERIDIAN'S Sp. z o.o. kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 567/23

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

SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 4 w Bytomiu (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa przygotowania i dystrybucja posiłków dla pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 4 w Bytomiu". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 stycznia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00045314.

W dniu 28 lutego 2023 r. wykonawca MERIDIAN'S Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w toku postępowania, polegające na:

1. zaniechaniu ujawnienia oferty Catermed Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (zwanej dalej: „Catermed"),

2. zaniechaniu ujawnienia wyjaśnień Catermed (dwóch odrębnych) składanych na wezwanie do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej,

3. zaniechaniu odrzucenia oferty Catermed z uwagi na rażąco niską cenę,

4. odrzuceniu oferty Odwołującego, bez uprzedniego wezwania Odwołującego do jej uzupełnienia,

5. nieuprawnionym ograniczeniu konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 125 ust. 1 poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do zaniechania wezwania do uzupełnienia Załącznika nr 2 do SWZ – oświadczenie dotyczące braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału, pomimo że oświadczenie to stanowi dokument uzupełnialny, co skutkowało bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego, z uwagi na rzekome nie spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, co ostatecznie

doprowadziło do bezpodstawnego wyboru oferty Catermed jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz do zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

ewentualnie, z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1, Odwołujący zarzucił:

2. naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, w związku z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do zaniechania wezwania do wyjaśnień Załącznika nr 2 do SWZ – oświadczenie dotyczące braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału, pomimo że oświadczenie to w sposób oczywisty zawiera omyłkę polegającą na nadmiarowym wykreśleniu z formularza oświadczenia o spełnieniu przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, a co zostałoby stosownie

przez Odwołującego wyjaśnione, zaś Zamawiający mógłby zastosować tryb wezwania do uzupełnień z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, co ostatecznie doprowadziło do bezpodstawnego wyboru oferty Catermed jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz do zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

3. naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania

i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Catermed pomimo tego, że wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r. nie potwierdzają realności zaoferowanej ceny, lecz przeciwnie, są bardzo ogólne, nie zawierają szczegółowej kalkulacji, ani żadnych dowodów uzasadniających podaną w ofercie cenę lub koszt, co obligowało Zamawiającego do zastosowania sankcji odrzucenia tej oferty, zaś ponowne wezwania Catermed do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów oraz ponowne udzielenie przez Catermed wyjaśnień (na wezwanie z dnia 7 lutego 2023 r.) nie mogło konwalidować zaniechania obalenia przez Catermed, w terminie przewidzianym w wezwaniu z dnia 1 lutego 2023 r., ustawowego domniemania ceny rażąco niskiej, co ostatecznie doprowadziło do bezpodstawnego wyboru oferty Catermed jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz do zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

4. naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej: „ustawa ZNK") w zw.

z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do przestrzegania zasady jawności, a co za tym idzie, uprawniony jest do zaniechania udostępnienia (ujawnienia) na wniosek Odwołującego oferty Catermed, jaka została złożona w dniu składania ofert (wszystkich dokumentów składających się na tę ofertę, z formularzem ofertowym włącznie), pomimo deklarowania w piśmie przewodnim z dnia 26 lutego 2023 r., że tę ofertę udostępnia, oraz pomimo braku jakiejkolwiek informacji wskazującej na to, że jakakolwiek część tej oferty została przez Catermed zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, oraz pomimo braku jakiejkolwiek informacji wskazującej na to, że Catermed dochowała obowiązków ustawowych dla wykazania, że przedmiotowe dokumenty faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, co uniemożliwiło Odwołującego weryfikację legalności czynności Zamawiającego, w zakresie pozytywnej oceny tej oferty (uniemożliwiło skuteczne wnoszenie środka ochrony prawnej),

5. naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, uprawniony jest do utrzymania w tajemnicy zastrzeżenia obu wyjaśnień ceny w całości, a także ewentualnego wyjaśnienia zastrzeżenia (tj. wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r. oraz wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 lutego 2023 r.), niezbędnych do oceny oferty pod kątem realności ceny oraz zgodności oferty z treścią SWZ, a zastrzeżonych przez Catermed jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć Catermed nie dochowała obowiązków ustawowych dla wykazania, że przedmiotowe dokumenty faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa (gdyż stanowią informację o cenie oferty oraz o oferowanym przedmiocie zamówienia, które są jawne z mocy prawa) oraz nie przekazała Zamawiającemu w wymaganym terminie jakichkolwiek dowodów na wprowadzenie procedur, gwarantujących zachowanie ich w poufności, a tym samym rzeczone dokumenty są jawne i powinny zostać uznane przez Zamawiającego za podlegające udostępnieniu, zaś w konsekwencji działania i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiły Odwołującemu weryfikację legalności czynności Zamawiającego, w zakresie pozytywnej oceny realności ceny (uniemożliwiło skuteczne wnoszenie środka ochrony prawnej);

ewentualnie, z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 5, albo na wypadek uwzględnienia zarzutu nr 5 w zakresie części (a nie całości) dokumentów, Odwołujący zarzucił:

6. naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia nieodtajnionej obu wyjaśnień ceny, a także ewentualnego wyjaśnienia zastrzeżenia (tj. wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r. oraz wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 lutego 2023 r.), niezbędnych do oceny oferty pod kątem realności ceny oraz zgodności oferty z treścią SWZ, a zastrzeżonych przez Catermed jako tajemnica przedsiębiorstwa,

w całości i bez żadnych wyłączeń, choć zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako: „TSUE" lub „Trybunał") z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 niedozwolone jest zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa całych dokumentów, a ponadto, instytucja zamawiająca musi, w przypadku odmowy dostępu do informacji, udzielić konkurencyjnemu oferentowi dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego, zaś w konsekwencji działania i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiły Odwołującemu weryfikację legalności czynności Zamawiającego, w zakresie pozytywnej oceny realności ceny (uniemożliwiło skuteczne wnoszenie środka ochrony prawnej).

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania:

a) SWZ – na okoliczność charakteru oferowanych świadczeń, ich czasochłonności i elementów kosztotwórczych;

b) Wzór A Wniosek na dostawę rzeczy lub wykonanie usługi z dnia 04.01.2023 r. wraz z załącznikiem „Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia" oraz załącznikami „Formularz cenowy" – na okoliczność wykazania, że Zamawiający należycie i terminowo dokonał szacunku zamówienia;

c) wezwanie Catermed do złożenia wyjaśnień z dnia 1 lutego 2023 r do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny – na okoliczność prawidłowego wszczęcia procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny w stosunku do wykonawcy Catermed;

d) wyjaśnienia Catermed udzielone na wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r. – na okoliczność nieobalenia przez Catermed ustawowego domniemania rażąco niskiej ceny, na okoliczność braku tajemnicy przedsiębiorstwa w przekazanych wyjaśnieniach, oraz na okoliczność nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;

e) wezwanie Catermed do złożenia dalszych wyjaśnień, szczegółowego wyliczenia oraz dowodów z dnia 7 lutego 2023 r.– na okoliczność powtórzenia jednorazowej czynności wezwania do wyjaśniania rażąco niskiej;

f) wyjaśnienia Catermed udzielone na wezwanie z dnia 7 lutego 2023 r. – na okoliczność braku tajemnicy przedsiębiorstwa w przekazanych wyjaśnieniach oraz na okoliczność nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;

g) wezwanie Catermed do złożenia dowodów potwierdzających wdrożenie procedur, pozwalających na utrzymywanie informacji poufnych w tajemnicy z dnia 13 lutego 2023 r.– na okoliczność nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy Catermed jako oferty najkorzystniejszej;

2. dokonał ponownego badania i oceny ofert,

3. wezwał Odwołującego do uzupełnienia Załącznika nr 2 do SWZ – oświadczenie dotyczące braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału,

4. udostępnił Odwołującemu ofertę Catermed złożoną w dniu składania ofert,

5. odtajnił (ujawnił) i niezwłocznie udostępnił Odwołującemu w całości wyjaśnienia cenowe Catermed tj. wyjaśnienia Catermed udzielone na wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r. oraz wyjaśnienia Catermed udzielone na wezwanie z dnia 7 lutego 2023 r. (oba pisma wraz z załącznikami),

6. ewentualnie udzielił Odwołującemu dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji (tj. wyjaśnień ceny z załącznikami), tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego wnoszenia środka prawnego, zgodnie z wyrokiem TSUE z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21;

7. odrzucił ofertę Catermed ze względu na to, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, tj złożył wyjaśnienia nieuzasadniające cenę oraz niezawierające żadnych dowodów,

8. dokonał ponownie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

A. Naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. B) ustawy Pzp, w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 125 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia Załącznika nr 2 do SWZ – oświadczenie dotyczące braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału

Odnosząc się do informacji podanej przez Zamawiającego w dniu 23 lutego 2023 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp z uwagi na stwierdzenie przez Zamawiającego, że Odwołujący oświadczył, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VII SWZ Odwołujący przyznał, że faktycznie nadmiarowo wykreślił z „Załącznika nr 2 do SWZ – oświadczenie dotyczące braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków".

Zdaniem Odwołującego, dokument „Załącznik nr 2 do SWZ – oświadczenie dotyczące braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków", a w szczególności sporny charakter oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten odsyła bowiem do art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, który dotyczy expressis verbis „oświadczenia o (…) spełnieniu warunków udziału w postępowaniu". Zaś przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp obliguje Zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnień, jeżeli oświadczenie jest „niekompletne lub zawiera błędy".

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę w postępowaniu, w ten sposób dał wyraz chęci realizacji przedmiotowego

zamówienia na warunkach składanych w ofercie. Odwołujący stwierdził, że wykreślenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu stanowi oczywisty błąd, który powinien przez Zamawiającego być konwalidowany w drodze wezwania do uzupełnień. W ocenie Odwołującego, przedmiotowa oczywistość jest tym bardziej jaskrawa, że Odwołujący wykreślił cały ustęp, łącznie z nagłówkiem oraz „Uwagami". Zdaniem Odwołującego, przedmiotowe oświadczenie, jako błędne, powinno być poddane procedurze uzupełnień.

Odwołujący podkreślił, że oświadczenie zawarte w ofercie zawiera błąd, a ponieważ jako takie oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu stanowi dokument uzupełnialny, odrzucenie oferty Odwołującego było bezpodstawne i przedwczesne. Jak zauważył Odwołujący, dopiero po skorzystaniu z obligatoryjnego trybu z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający byłby uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego, jeżeli uzupełnione oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w dalszym ciągu zawierałoby błędy (lub byłoby niekompletne).

B. Naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, w związku z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do

wyjaśnień Załącznika nr 2 do SWZ – oświadczenie dotyczące braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału

Odwołujący zaznaczył, że przedmiotowy zarzut stawiany jest z ostrożności, tj. tylko na wypadek nie uwzględnienia zarzutu nr 1., dotyczącego zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia Załącznika nr 2 do SWZ – oświadczenie dotyczące braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału.

W nawiązaniu do zarzutu przedstawionego w lit. A. powyżej, Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający, przed dokonaniem tak ostatecznej czynności, jaką jest odrzucenie oferty, zobowiązany jest – z uwagi na rygor należytej staranności – do wezwania danego wykonawcy do wyjaśnień. Skoro zatem Zamawiający negatywnie ocenił złożony przez Odwołującego Załącznik nr 2 do SWZ – oświadczenie dotyczące braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału, to przed ustaleniem, czy rzeczone oświadczenie zawiera błąd czy nie, zobowiązany był do wezwania Odwołującego do wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób bezprawny domniemał, że wykreślenie całego ustępu jest równoznaczne z oświadczeniem o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie tylko w sposób nieuprawniony domniemał treści oferty Odwołującego, lecz dodatkowo domniemanie to jest sprzeczne z zasadami logiki. Odwołujący stwierdził, że treść oświadczenia Odwołującego w sposób oczywisty zawiera błąd, gdyż Odwołujący wykreślił cały ustęp dotyczący warunków udziału w postępowaniu, łącznie z nagłówkiem oraz „Uwagami". Jak wskazał Odwołujący, w okolicznościach zaistniałych w postępowaniu, brak jest uzasadnienia dla zaniechania przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do wyjaśnień, w szczególności, że konsekwencja tego zaniechania obciążyła Odwołującego – jego oferta została bezprawnie odrzucona.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył wskazane przepisy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia Załącznika nr 2 do SWZ – oświadczenie dotyczące braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału. Odwołujący zaznaczył, ze oświadczenie zawarte w tym dokumencie w sposób oczywisty zawiera omyłkę, polegającą na nadmiarowym wykreśleniu z formularza oświadczenia

o spełnieniu przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, co zostałoby stosownie przez Odwołującego wyjaśnione, gdyby tylko Zamawiający dochował należytej staranności podczas badania i oceny ofert, i zawezwałby Odwołującego do wyjaśnień przed dokonaniem tak ostatecznej czynności, jaką jest odrzucenie oferty. Brak wyjaśnień skutkował również

zaniechaniem wezwania Odwołującego do uzupełnień, co byłoby naturalną konsekwencją uzyskania potwierdzenia, że Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, gdyż spełnia wszystkie warunki wskazane w SWZ.

C. Naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Catermed

Odwołujący wskazał, że spór w zakresie przedmiotowego zarzutu dotyczy legalności zaniechania odrzucenia z postępowania oferty Catermed, pomimo że na wezwanie z art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Catermed nie przedstawiła rzetelnych wyjaśnień, szczegółowych kalkulacji oraz wiarygodnych dowodów na potwierdzenie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. Odwołujący wywiódł powyższe z treści pisma Zamawiającego z dnia 7 lutego 2023 r. skierowanego do Catermed, w którym Zamawiający stwierdził, że złożone wyjaśnienia (w odpowiedzi na wniosek z dnia 1 lutego 2023 r.) nie dają możliwości uznania ich za wystarczające dla obalenia domniemania ceny rażąco niskiej.

Odwołujący zauważył, że jednoznaczna opinia Zamawiającego wyrażona w piśmie z dnia 7 lutego 2023 r. w zakresie udzielonych przez Catermed wyjaśnień, w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje, że wyjaśnienia Catermed są niewystarczające dla uznania, że cena Catermed jest ceną realną. Mimo to, Zamawiający wystosował kolejne wezwanie do wyjaśnień ceny, na które Catermed udzieliła odpowiedzi – jak domniemuje Odwołujący, dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny wraz z kalkulacją kosztów oraz dowodami. Powyższe oznacza, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający zwrócił się do Catermed z wnioskiem o wyjaśnienie ceny pod kątem obalenia domniemania, że jest ona rażąco niska, oraz o przedstawienie wiarygodnych dowodów, potwierdzających prawdziwość twierdzeń zawartych w rzeczonych wyjaśnieniach, a Catermed nie podołała temu obowiązkowi ustawowemu, gdyż nie wyjaśniła ceny dostatecznie szczegółowo i wyczerpująco, nie przedłożyła nawet szczegółowego wyliczenia ceny, ani nie przedłożyła wszelkich niezbędnych dowodów na poparcie ponoszonych kosztów. Odwołujący zaznaczył, że wykonawca Catermed,

wbrew obowiązkowi wyartykułowanemu w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wobec powyższego, w opinii Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do ponownego wzywania do wyjaśnień ceny, lecz zobowiązany był do uwzględnienia nakazu z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, który nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy, „który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie

ceny lub kosztu". Tym samym, jak stwierdził Odwołujący, z uwagi na fakt, że Catermed w odpowiedzi na precyzyjnie sformułowane wezwanie do wyjaśnienia ceny przekazała „zbyt ogólne" wyjaśnienia, nie pokrywające pełnego zakresu kosztów związanych z realizacją zamówienia, oferta Catermed podlega odrzuceniu.

Odwołujący podniósł ponadto, że tak rażąco niska cena, jaką zaoferowała Catermed, nie jest uzasadniona obiektywnymi względami, pozwalającymi Catermed na wykonanie zamówienia bez strat finansowych. Ceny te są niższe niż ogólna wartość rynkowa tego zamówienia, co zauważył sam Zamawiający, żądając od Catermed wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustaw Pzp. W ocenie Odwołującego, ponowne zapytywanie przez Zamawiającego o realność ceny (wystosowanie kolejnego wniosku o wyjaśnienie ceny) wskazuje, że Zamawiający niejako za wszelką cenę chce ratować ofertę zupełnie nieprzystającą do realiów rynkowych, pomimo że czynność ta, co do zasady, jest jednokrotna. Dokonana w ponownym wezwaniu analiza złożonego przez Catermed wyjaśnienia, potwierdza, że Catermed nie wykazała, a tym bardziej nie udowodniła, że skalkulowała cały zakres prac niezbędnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, niezbędne ryzyka oraz marżę.

W zakresie zaniechania udowodnienia we właściwym czasie, tj. do dnia 6 lutego 2022 r., czyli w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r., wszystkich okoliczności istotnych dla potwierdzenia realności ceny, Odwołujący przypomniał, że treść wezwania Zamawiającego była klarowna i wprost wskazywała, że dowody mają kluczowe znaczenie, a także został zakreślony termin na ich złożenie. Zatem, w związku z treścią art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz w związku z bardzo precyzyjnym wezwaniem Zamawiającego, Catermed była świadoma, że konsekwencją prawną zaniechania przedstawienia pełnych wyjaśnień oraz niezbędnych dowodów, jest odrzucenie oferty z postępowania.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Catermed, pomimo że wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r. nie potwierdzają realności zaoferowanej ceny, lecz przeciwnie, są bardzo ogólne, nie zawierają szczegółowej kalkulacji, ani żadnych dowodów uzasadniających podaną w ofercie cenę lub koszt. Jak zauważył Odwołujący, takie wyjaśnienia, nie obalające ustawowego domniemania ceny rażąco niskiej, obligowały Zamawiającego do zastosowania sankcji odrzucenia tej oferty. Odwołujący uznał, że czynność ponownego wezwania Catermed do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów oraz ponowne udzielenie przez Catermed wyjaśnień (na wezwanie z dnia 7 lutego 2023 r.) nie mogą być traktowane jako konwalidowanie zaniechania wykazania realności zaoferowanej ceny w pierwotnie wyznaczonym terminie (do 6 lutego 2023 r.).

Odwołujący zwrócił uwagę, że ww. naruszenia doprowadziły do bezpodstawnego wyboru oferty Catermed jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz do zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

D. Naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia oferty Catermed

Odwołujący wskazał, że w dniu 27 lutego 2023 r. Zamawiający przekazał pismo przewodnie do udostępnionych dokumentów, w którym wskazuje, że na wniosek Odwołującego przesyła m.in. ofertę złożoną przez Catermed.

Odwołujący oświadczył, że uzyskał od Zamawiającego dostęp do szeregu dokumentów, o które wnioskował, lecz Zamawiający zaniechania udostępnienia (ujawnienia) oferty Catermed, jaka została złożona w dniu składania ofert (wszystkich dokumentów składających się na tę ofertę, z formularzem ofertowym włącznie). Katalog, w którym miała znajdować się oferta Catermed jest pusty. Zamawiający przekazał złożone przez Catermed na wezwanie Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, lecz treść oferty, w jej kształcie wymaganym w dniu składania ofert, nie została Odwołującemu przekazana.

Jak zauważył Odwołujący, w ww. piśmie przewodnim brak jakiejkolwiek informacji wskazującej na to, że jakakolwiek część tej oferty została przez Catermed zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. W odniesieniu do wyjaśnień udzielanych na wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r. oraz z dnia 7 lutego 2023 r., Zamawiający wyjaśnił, że nie udostępnia ich z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz w odniesieniu do oferty złożonej przez Catermed w dniu składania ofert, brak jest takiego zastrzeżenia. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, brak jest jakiejkolwiek informacji wskazującej na to, że Catermed dochowała obowiązków ustawowych dla wykazania, że przedmiotowe dokumenty faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący stwierdził, ze zaniechanie Zamawiającego uniemożliwiło Odwołującemu weryfikację legalności czynności Zamawiającego w zakresie pozytywnej oceny tej oferty, z uwagi na rażące naruszenie zasady jawności, Zamawiający pozbawił Odwołującego skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej.

E. Naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez utrzymanie w poufności informacji zastrzeżonych przez Catermed jako tajemnica przedsiębiorstwa

Odwołujący zaznaczył, ze podnosząc przedmiotowy zarzut nie kwestionuje co do zasady możliwości uznania części wyjaśnień dotyczących ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że z uwagi na treść wezwania do wyjaśnień ceny z dnia 7 lutego 2023 r. jasne jest, że „zbyt ogólne" wyjaśnienia, jak to ujął Zamawiający, nie mogą mieć waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem, Zamawiający nie tylko nie udostępnił Odwołującemu obu wyjaśnień ceny (tj. wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r. oraz wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 lutego 2023 r.), lecz utrzymał ich poufność w całości, tj. całe dokumenty.

Jak podał Odwołujący, Zamawiający nie udostępnił również Odwołującemu wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacja zaś zawierająca wyjaśnienie, dlaczego dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może mieć waloru tajemnicy przedsiębiorstwa (jest zawsze jawna). Odwołujący zwrócił uwagę, że ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK wyraźnie wskazuje, że ochronie podlega informacja mająca wartość gospodarczą, więc Odwołujący zakłada, że takie wyjaśnienia dla obu pism zostały złożone. Z uwagi na zaniechanie przekazania Odwołującemu wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący został pozbawiony możliwości weryfikacji (skutecznego złożenia środka ochrony prawnej), czy Catermed podołał obowiązkowi wykazania, że całość przekazanych pism faktycznie ma dla Catermed wartość gospodarczą.

Odwołujący uznał, że nawet gdyby uznać, że przekazane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa – z czym się Odwołujący kategorycznie nie zgadza – to i wówczas uznać należy, że z uwagi na nie przekazanie Zamawiającemu dowodów na wprowadzenie procedur, umożliwiających utrzymanie tajemnicy przedsiębiorstwa w poufności, wykonawca Catermed nie sprostał wymaganiom, jakie stawia przepis art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. Jak zauważył Odwołujący, w dniu 13 lutego 2023 r. Zamawiający wystosował do Catermed pismo wskazujące na to, że co najmniej przez osiem dni, tj. w okresie od 6 do 13 lutego 2023 f., Catermed nie podjął działań, gwarantujących utrzymanie przekazanych informacji

w poufności. Tym samym, wykonawca ten nie dochowując dyspozycji normy z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, pozbawił się możliwości powoływania się na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił, że treść samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest wystarczająca, jeżeli wraz z tym uzasadnieniem nie zostały wykazane działania, które Catermed podjął, w celu zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w poufności. W praktyce sprowadza się to do tego, że wykonawcy, wraz z ofertą czy wyjaśnieniami oferty zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa, od razu przekazują pismo z wykazaniem wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, dotyczące braku ujawnienia informacji do wiadomości publicznej oraz przedstawiają dowody na okoliczność czynności podjętych w celu zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w poufności. Zdawkowe potwierdzenie, że takie działania zostały podjęte, jest niewystarczające, gdyż nie odnosi się do wszystkich ustawowych przesłanek. Tymczasem, jak wskazał Odwołujący, to Zamawiający zwrócił uwagę na zaniechanie przez Catermed wykazania w pierwszym możliwym terminie (wraz z wyjaśnieniami) przesłanek do zachowania informacji w tajemnicy i poparcia twierdzeń dowodami. Zdaniem Odwołującego, już chociażby z tego względu, tj. zaniechania wykazania spełnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, przekazane przez Catermed wyjaśnienia (oba pisma) nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający bezprawnie utrzymał w tajemnicy zastrzeżenia obu wyjaśnień ceny w całości (tj. wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r. oraz wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 lutego 2023 r.) oraz wyjaśnień zastrzeżenia. Tymczasem, wgląd w te informacje jest dla

Odwołującego niezbędny do oceny oferty pod kątem realności ceny oraz zgodności oferty z treścią SWZ. Jak zaznaczył Odwołujący, Catermed nie dochowała obowiązków ustawowych dla wykazania, że przedmiotowe dokumenty faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa (gdyż stanowią informację o cenie oferty oraz o oferowanym przedmiocie zamówienia, które są jawne z mocy prawa) oraz nie przekazała

Zamawiającemu w wymaganym terminie jakichkolwiek dowodów na wprowadzenie procedur, gwarantujących zachowanie ich w poufności. Tym samym, jak wskazał Odwołujący, został on bezprawnie pozbawiony możliwości wglądu w dokumenty, które są jawne i powinny zostać uznane przez Zamawiającego za podlegające udostępnieniu.

F. Naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez utrzymanie w poufności informacji zastrzeżonych przez Catermed jako tajemnica przedsiębiorstwa przy równoczesnym zaniechaniu przekazania Odwołującemu streszczenia informacji poufnych

Odwołujący zaznaczył, że przedmiotowy zarzut stawiany jest z ostrożności, tj. tylko na wypadek nie uwzględnienia zarzutu nr 5 dotyczącego zaniechania ujawnienia (udostępnienia Odwołującemu) wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r. oraz wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 lutego 2023 r., albo na wypadek uwzględnienia zarzutu nr 5 w zakresie części (a nie całości) dokumentów. W takim przypadku, tj. jeżeli Izba uzna, że całość zastrzeżonych i nieudostępnionych Odwołującemu dokumentów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, albo jeżeli Izba nakaże odtajnienie część z zastrzeżonych dokumentów, zaś pozostałą część dokumentów/informacji uzna za zastrzeżoną legalnie, wówczas Odwołujący wskazuje na naruszenie ww. przepisów prawa, skutkujące pozbawieniem Odwołującego skutecznego wnoszenia środka ochrony prawnej.

Odwołujący podał, że w dniu 17 listopada 2022 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał wyrok w sprawie C-54/21, stanowiący odpowiedź na pytania prejudycjalne Krajowej Izby Odwoławczej. Jednym z wątków sprawy było rozstrzygnięcie Trybunału w zakresie procedur związanych z tajemnicą przedsiębiorstwa, zawartą w ofercie publicznej. W celu przybliżenia istoty sprawy, Odwołujący zacytował odnośne fragmenty wyroku:

„66 Ponadto w celu zapewnienia poszanowania ogólnej zasady dobrej administracji i pogodzenia ochrony poufności z

wymogami skutecznej ochrony sądowej instytucja zamawiająca powinna nie tylko uzasadnić decyzję o uznaniu niektórych danych za poufne, lecz powinna również przekazać w neutralnej formie, na ile to możliwe i w zakresie, w jakim takie przekazanie pozwala na zachowanie poufnego charakteru określonych elementów tych danych, w odniesieniu do których ochrona jest z tego tytułu uzasadniona, zasadniczą treść tychże danych odrzuconemu oferentowi, który ich żąda, a w szczególności treść danych dotyczących tych elementów decyzji i wybranej oferty, które mają kluczowe znaczenie (zob. podobnie wyrok z dnia7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras,

C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 122, 123).

67 Instytucja zamawiająca może zatem w szczególności – o ile prawo krajowe, któremu podlega, nie stoi temu na przeszkodzie – przekazać w formie streszczenia niektóre elementy zgłoszenia lub oferty oraz ich charakterystykę techniczną w sposób uniemożliwiający identyfikację informacji poufnych. Ponadto przy założeniu, że informacje niemające poufnego charakteru będą odpowiednie do zapewnienia poszanowania przysługującego odrzuconemu oferentowi prawa do skutecznego środka prawnego, instytucja zamawiająca będzie mogła zwrócić się do wykonawcy, którego oferta została wybrana, o dostarczenie jej jawnej wersji

dokumentów zawierających informacje poufne (wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymocentras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 124, 125). (…)".

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, że transparentne ujawnienie przez Zamawiającego podstaw oceny wyjaśnień Catermed, jako potwierdzających realność zaoferowanej ceny, stanowi punkt wyjścia dla możliwości weryfikacji legalności czynności Zamawiającego. Dlatego też, zdaniem Odwołującego, w przypadku uznania przez Zamawiającego, że dany wykonawca należycie wykazał, iż dana informacja rzeczywiście posiada walor tajemnicy przedsiębiorstwa, oraz że dany wykonawca należycie zastrzegł i utrzymuje w poufności dane informacje, niezbędnym elementem jest sporządzenie przez Zamawiającego streszczenia treści objętej tajemnicą handlową, w sposób utrzymujący informacje zastrzeżone w poufności, lecz równocześnie dostatecznie konkretnej i umożliwiającej konkurencji weryfikację, czy wyjaśnienia ceny zostały ocenione przez Zamawiającego należycie. Jak zauważył Odwołujący, w przedmiotowej sprawie Trybunał wskazał, że nie jest dopuszczalna sytuacja, w której z uwagi na utrzymanie przez zamawiającego w poufności informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa konkurencja pozbawiona jest możliwości wnoszenia środka ochrony prawnej w zakresie tejże tajemnicy. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie przekazał Odwołującemu ani uzasadnienia zasadności utrzymania w mocy zastrzeżenia Catermed o poufności całych dokumentów, ani też Odwołujący nie otrzymał streszczenia wszystkich informacji/dokumentów, których ujawnienia Zamawiający Odwołującemu odmówił. Tym samym, w przekonaniu Odwołującego, Odwołujący został pozbawiony możliwości weryfikacji legalności czynności oceny wyjaśnień Catermed (obu pism) oraz wnoszenia środka ochrony prawnej w tym zakresie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że TSUE wskazuje, że jeżeli w toku oceny zastrzeżonych informacji Zamawiający dojdzie do wniosku, że posiadają one walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a dany wykonawca skutecznie wykazał spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, to wówczas Zamawiający nie ujawnia tych informacji konkurencyjnym wykonawcom. Równocześnie, w celu poszanowania zasady dobrej administracji, zasady przejrzystości oraz w celu zagwarantowania konkurencyjnym wykonawcom prawa do skutecznego środka prawnego, Zamawiający obligatoryjnie zobowiązany jest do przekazania pozostałym wykonawcom dostępu do zasadniczej treści utrzymanych w poufności informacji.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Catermed.

W toku rozprawy Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględnia zarzut dotyczący utrzymania w tajemnicy zastrzeżenia obu wyjaśnień ceny w całości oraz uzasadnień zastrzeżenia ww. wyjaśnień przez Catermed w części w zakresie uzasadnień zastrzeżenia wyjaśnień złożonych przez Catermed w odpowiedzi na wezwania z dnia 1 i 7 lutego 2023 r.

Zamawiający oświadczył również, że uwzględnia zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia na wniosek Odwołującego oferty Catermed.

Wykonawca Catermed nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia przez

Zamawiającego zarzutów odwołania w ww. części.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba stwierdziła, że na uwzględnienie zasługuje zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 125 ust. 1 poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia Załącznika nr 2 do SWZ – oświadczenie dotyczące braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału, pomimo że oświadczenie to stanowi dokument uzupełnialny, co skutkowało bezpodstawnym

odrzuceniem oferty Odwołującego.

Izba ustaliła, że w Informacji o wyborze najkorzystniejsze oferty z dnia 23 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1

pkt 2 lit. b ustawy Pzp jako oferty złożonej przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu. Uzasadniając ww. decyzję Zamawiający podał, że wykonawca w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu o warunkach udziału w postępowaniu stwierdził, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VII SWZ. Zamawiający wskazał, że w przypadku, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia, jeżeli jest niekompletne lub zawiera błędy. Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowej sytuacji Zamawiający nie ma możliwości z dyspozycji art. 128 ust.1 ustawy Pzp, gdyż nie można przyjąć, że oświadczenie jest niekompletne bądź zawiera błędy.

Ustalono, że wraz z ofertą Odwołujący złożył Załącznik nr 2 do SWZ według wzoru opracowanego przez Zamawiającego, obejmujący m.in. oświadczenie dotyczące podstaw wykluczenia oraz oświadczenie dotyczące warunków udziału w postępowaniu. W złożonym przez Odwołującego Załączniku nr 2 do SWZ wykreślony został cały punkt stanowiący oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w tym tytuł tego oświadczenia „Oświadczenie dotyczące warunków udziału w postępowaniu".

Nie ulega wątpliwości i nie było sporne pomiędzy stronami, że oświadczenie objęte Załącznikiem nr 2 do SWZ, którego dotyczy spór, stanowi oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu, do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Tego rodzaju dokumenty podlegają uzupełnieniu na mocy art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi:

„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust.1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.".

Zauważyć przy tym należy, że zastosowanie przewidzianego w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp trybu naprawczego nie zostało pozostawione do decyzji zamawiającego. Przepis ten przewiduje obligatoryjne wezwanie wykonawcy do konwalidowania uchybień.

Izba stwierdziła, że sytuację, jaka zaistniała w przedmiotowym postępowaniu, w którym Odwołujący wykreślił z Załącznika nr 2 do SWZ całe oświadczenie dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, łącznie z tytułem oświadczenia, należy uznać 19

za błąd. Z błędem mamy bowiem do czynienia m.in. w sytuacji, gdy treść oświadczenia nie potwierdza spełniania określonych przez zamawiającego wymagań (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 września 2021 r., sygn. akt KIO 2263/21). Należy bowiem przyjąć założenie, że ubiegając się o zamówienie wykonawca ma na celu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby móc pozyskać zamówienie.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była przedwczesna i została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Wobec uwzględnienia przez Izbę ww. zarzutu, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień Załącznika nr 2 do SWZ, sformułowany jako ewentualny, nie podlegał rozpoznaniu. Zarzut ewentualny aktualizuje się po przesądzeniu, że zarzut główny jest bezzasadny (wyrok SO w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21).

Nie potwierdził się zarzut naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Catermed pomimo tego, że wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie z 1 lutego 2023 r. nie potwierdzają realności zaoferowanej ceny.

Zarzut ten Odwołujący oparł na założeniu, że wezwanie wystosowane przez Zamawiającego w dniu 1 lutego 2023 r. było prawidłowe, zaś wykonawca Catermed zobligowany był w odpowiedzi na to wezwania obalić domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, że w dniu 1 lutego 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wezwał Catermed do „udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty". Zamawiający poinformował wykonawcę również o różnicy procentowej pomiędzy kwotą, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i ceną zaoferowaną przez Catermed.

Odpowiadając na ww. wezwanie wykonawca Catermed złożył wyjaśnienia zastrzegając treść tych wyjaśnień, jak

również treść uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 7 lutego 2023 r. Zamawiający wezwał Catermed do uzupełnienia złożonych w dniu 6 lutego 2023 r. wyjaśnień, w tym dowodów i szczegółowego wyliczenia ceny. Zamawiający stwierdził, że otrzymane wyjaśnienia nie przedstawiają szczegółowej kalkulacji kosztów, jakie wykonawca zamierza ponieść przy realizacji usługi oraz zbyt ogólnie zostały podane czynniki cenotwórcze, w szczególności w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający zaznaczył, że należy uzupełnić złożone wyjaśnienia o informacje czy w cenie oferty uwzględniono wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia określone w dokumentach zamówienia, a także czy w cenie oferty uwzględniony został zysk. Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest uzupełnić wyczerpująco złożone wyjaśnienia wraz z dowodami dotyczące powodów zaoferowania tak niskich cen i przekonać Zamawiającego, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym, że realne jest wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.

Wykonawca Catermed złożył Zamawiającemu dodatkowe wyjaśnienia, które również zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący na rozprawie zastrzegł, że nie podnosi zarzutu zaoferowania przez Odwołującego rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że wykonawca Catermed w odpowiedzi na pierwsze wezwanie do wyjaśnienia ceny nie podołał obowiązkowi ustawowemu, gdyż nie wyjaśnił ceny dostatecznie szczegółowo i wyczerpująco, ani nie przedłożył szczegółowego wyliczenia ceny, jak też dowodów na poparcie ponoszonych kosztów. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do ponownego wezwania Catermed do wyjaśnień ceny, lecz zobowiązany był do uwzględnienia nakazu z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, który nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Odwołujący stwierdził, że z uwagi na fakt, że wykonawca Catermed w odpowiedzi na precyzyjne wezwanie do wyjaśnia ceny nie przekazał „zbyt ogólne" wyjaśnienia, oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu. Jak wskazał Odwołujący, czynność ponownego wezwania Catermed do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów oraz ponowne udzielenie wyjaśnień przez tego wykonawcę nie mogą być traktowane jako konwalidowanie zaniechania wykazania realności zaoferowanej ceny w pierwotnie wyznaczonym terminie, tj. do 6 lutego 2023 r.

Rozstrzygając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę, że pierwotne wezwanie wystosowane przez Zamawiającego w dniu 1 lutego 2023 r. do Catermed było ogólne, nie

wskazywało na elementy kalkulacji, na których wyjaśnieniu szczególnie zależy Zamawiającemu. Zamawiający w wezwaniu wskazał jedynie podstawę prawną wezwania, zwrócił się o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny, oraz wskazał na różnice pomiędzy zaoferowaną przez Catermed ceną a kwotą, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

W świetle treści ww. wezwania, nie udzielającego wykonawcy wytycznych co do elementów, na których wyjaśnieniu zależy Zamawiającemu, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw, aby odrzucić ofertę Catermed z uwagi na złożenie niewystarczających wyjaśnień, bowiem wykonawca nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania (wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 2 grudnia 2020 r., sygn. akt II Ca 915/20). Izba ustaliła, że wykonawca ten w wyjaśnieniach złożonych w dniu 6 lutego 2023 r. wskazał okoliczności, które w jego ocenie, uzasadniają wysokość zaoferowanej ceny, przedstawił kalkulację kosztów, a także załączył dowody na poparcie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. Szczegółowe odniesienie się na obecnym etapie postępowania do treści złożonych przez Catermed wyjaśnień nie jest możliwe z uwagi na ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby, złożone wyjaśnienia były adekwatne do treści wezwania.

W ocenie Izby, wobec bardzo ogólnej treści wezwania do wyjaśnień, działanie Zamawiającego polegające na wystosowaniu do Catermed kolejnego wezwania wskazującego na elementy, które powinny podlegać wyjaśnieniu, było działaniem prawidłowym.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do utrzymania w tajemnicy zastrzeżenia obu wyjaśnień ceny w całości (tj. wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r. oraz wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 lutego 2023 r.).

Rozpoznając przedmiotowe zarzuty Izba kierowała się wytycznymi aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 500/21, wyrok z dnia 26 października 2021 r., sygn. akt KIO 2571/21, wyrok z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt KIO 464/22), Sądu Zamówień Publicznych (m.in. wyrok z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, wyrok z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21, wyrok z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22) i TSUE (wyrok z dnia

17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21) uznając, choćby z uwagi na pochodzenie środków, z jakich finansowane są zamówienia publiczne, że priorytetem przy ich wydatkowaniu powinna być jawność, transparentność i przejrzystość.

Na wstępie przypomnienia wymaga, że fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania wyrażona wprost w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Nie ulega wątpliwości, że wykładnia ww. przepisów powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasad, do stosowania których zamawiający zobowiązany jest w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności (art.

16 ustawy Pzp). W świetle przywołanych powyżej zasad, wszelkie wyłączenia czy ograniczenia zasady jawności powinny być stosowane bardzo rygorystycznie. W tym też duchu powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenia jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady, powinny podlegać wykładni zawężającej, aby ich zastosowanie nie prowadziło do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania czy zachowania tych zasad w szczątkowej, fasadowej postaci.

Zasadniczy wyjątek, jak ustanawia ustawa Pzp, pozwalający na odstępstwo od zasady jawności, przewidziany został w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wynika z powołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji, rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została sformułowana w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą" (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji, wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia

w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu),

przewidującego, że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Przyjmuje się, że wykazywana wartość gospodarcza musi być realna. Wykonawca powinien zatem dokonać odpowiedniej wyceny poszczególnych zastrzeżonych informacji. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzić np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu nie da się wskazać wartości finansowej informacji, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas wykonawca powinien przestawić znaczenie gospodarcze informacji dla innych uczestników rynku,

w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurenci pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów (patrz: wyrok SO w Warszawie z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22). Kierując się ww. założeniami zamawiający powinien dokonać oceny czy zaistniały podstawy by daną informację wykonawca mógł zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa i czy uczynił to skutecznie.

Po analizie uzasadnień zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień udzielonych przez Catermed w odpowiedzi na wezwania z 1 i 7 lutego 2023 r. Izba stwierdziła, że wykonawca ten nie udźwignął ciężaru wykazania, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki pozwalające na tego rodzaju ochronę. Argumentacja powołana w uzasadnieniu zastrzeżenia nie wykazała, że ujawnienie zastrzeżonych informacji przyniesie wykonawcy realną szkodę. Wykonawca ten nie wykazał również wraz ze złożeniem wyjaśnień, że informacje w nich zawarte wypełniają dyspozycję art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Szczegółowa argumentacja odnosząca się bezpośrednio do treści uzasadnień zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest możliwa, jako że uzasadnienia te na obecnym etapie pozostają utajnione, Zamawiający dotąd nie przekazał ich Odwołującemu. Nie ulega jednak wątpliwości i nie jest

tajemnicą okoliczność, że w dniu 13 lutego 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Catermed o przedłożenie konkretnych dowodów potwierdzających wewnętrzne procedury obowiązujące w firmie Catermed. Wezwanie to obejmowało procedury dotyczące zachowania w poufności zastrzeżonych informacji, na które powoływał się Catermed w treści uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odpowiednie dokumenty zostały złożone przez Catermed dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 13 lutego 2023 r. Z powyższego wynika, że w momencie udzielania wyjaśnień wykonawca Catermed nie wykazał Zamawiającemu, że podjął działania w celu zachowania informacji objętych wyjaśnieniami w poufności.

Podkreślenia wymaga, że z literalnego brzmienia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie z wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W efekcie, zaniedbanie przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa powoduje, że zastrzeżenie jest bezskuteczne, a informacje powinny zostać ujawnione przez Zamawiającego. Kwestia powyższa nie budzi żadnych wątpliwości w orzecznictwie. Zamawiający nie jest zatem uprawniony, a tym bardziej zobowiązany do dociekania w ramach wezwań kierowanych do wykonawcy czy zastrzeżone informacje istotnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Badanie tej okoliczności powinno odbywać się na podstawie danych przekazanych przez wykonawcę wraz z informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Z uwagi na powyższe, Izba nakazała Zamawiającemu ujawnienie treści wyjaśnień złożonych przez Catermed Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z dnia 1 lutego 2023 r. oraz 7 lutego 2023 r.

Wobec uwzględnienia przez Izbę ww. zarzutu, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1-2 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez utrzymanie w poufności informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa prze równoczesnym zaniechaniu przekazania Odwołującemu streszczenia informacji poufnych, sformułowany jako ewentualny, nie podlegał rozpoznaniu.

Z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów:

- naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 26

ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do przestrzegania zasady jawności, a co za tym idzie, uprawniony jest do zaniechania udostępnienia (ujawnienia) na wniosek Odwołującego oferty Catermed Sp. z o.o.,

- naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do utrzymania w odpowiedzi na wezwanie z dnia 01.02.2023 r. oraz wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 07.02.2023 r.), a zastrzeżonych przez Catermed Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa,

postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w ww. zakresie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 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, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z §

5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. W takiej sytuacji Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła (§ 7 ust. 3 rozporządzenia).

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Izba nie wzięła przy tym pod uwagę zarzutów zgłoszonych jako ewentualne, jako że nie były rozpoznawane przez Izbę, a także zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego. Na podstawie § 7 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Izba zniosła koszty wynagrodzenia pełnomocników Odwołującego i Zamawiającego wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającym. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 2/3 i bezzasadne w części 1/3.

Kosztami postępowania obciążono zatem Odwołującego w części 1/3 i Zamawiającego w części 2/3. Na koszty postępowania odwoławczego, które Izba brała pod uwagę składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 7 500 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 7 500 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 2 500 zł (7 500 x 1/3). Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, wynosiła zatem 5 000 zł. Różnicę tę Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Przewodniczący: ……..