Sygn. akt: KIO 1196/23

WYROK

z dnia 12 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2023 roku przez wykonawcę KOLIN Inşaat, Turizm, Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi z siedzibą w Ankarze w Turcji, działającego przez KOLIN Inşaat, Turizm, Sanayi Ve Ticaret Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa, za którego działa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm: (1) Gülermak Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum); (2) Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (Partner);

(3) Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze, Turcja (Partner), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - KOLIN Inşaat, Turizm, Sanayi Ve

Ticaret Anonim Sirketi z siedzibą w Ankarze w Turcji, działającego przez KOLIN Inşaat,

Turizm, Sanayi Ve Ticaret Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, w następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - KOLIN Inşaat, Turizm, Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi z siedzibą w Ankarze w Turcji, działający przez KOLIN Inşaat, Turizm, Sanayi Ve Ticaret Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od Odwołującego - KOLIN Inşaat, Turizm, Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi z siedzibą w Ankarze w Turcji, działający przez KOLIN Inşaat, Turizm, Sanayi Ve Ticaret Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie na rzecz -Zamawiającego – Skarbu Państwa, za którego działa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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 1196/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa, za którego działa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Jawornik -Lutcza dł. ok. 5,25 km”. Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało opublikowane w dniu 5 lipca 2022 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 127360282.

Dnia 28 kwietnia 2023 roku, w przedmiotowym postępowaniu, do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 oraz art. 514 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej jako „PZP”) odwołanie złożył wykonawca KOLIN inşaat, Turizm, Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi z siedzibą w Ankarze w Turcji, działający przez KOLIN inşaat, Turizm, Sanayi Ve Ticaret Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2023 r., podjętej w postępowaniu, polegającej na

odtajnieniu z dniem 29 kwietnia 2023 r. informacji zawartych w plikach:

- „kolin_wyjasnienia_wykonawcy_fin-r2-tajemnica_przedsiebiortswa" ;
- „tender_team appointment-tajemnica_przedsiebiortswa";
- „zalacznik-tajemnica_przedsiebiortswa"

przedłożonych w ramach wyjaśnień Wykonawcy na podstawie wezwania Zamawiającego z dnia 10 listopada 2022 r. o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w postępowaniu, którą to czynność wezwania Krajowa Izba Odwoławcza skutecznym wyrokiem z dnia 12 grudnia 2022 r. (sygn. akt: KIO 3088/22) nakazała Zamawiającemu unieważnić, a ponadto czynność Zamawiającego w zakresie odtajnienia wyjaśnień Wykonawcy narusza zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów ustawy PZP, które miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia:

1. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 18 ust. 3 PZP, art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, art. 554 ust. 3 pkt 1

lit. b) PZP w zw. z art. 577 PZP poprzez dokonanie czynności odtajnienia dnia 18 kwietnia 2023 r. ze skutkiem na dzień 29 kwietnia 2023 r. informacji zawartych w plikach:

- „kolin wyjasnienia wykonawcy fin-r2-tajemnica_przedsiebiortswa";
- „tender_team appointment-tajemnica_przedsiebiortswa";
- „zalacznik-tajemnica_przedsiebiortswa"; pomimo iż informacje te zostały przekazane Zamawiającemu przez Wykonawcę na wezwanie do wyjaśnień, którą to czynność KIO wykonalnym i skutecznym wyrokiem z dnia 12 grudnia 2022 r. (sygn. akt: KIO 3088/22) nakazała Zamawiającemu unieważnić, a zatem:
- czynność Zamawiającego jest sprzeczna z wyrokiem nakazującym unieważnienie czynności naruszającej przepisy PZP w postaci wezwania do wyjaśnień treści oferty, bowiem brak wezwania do wyjaśnień treści oferty w oczywisty sposób nie pozwala na istnienie czynności wyjaśnień treści oferty;
- czynność odtajnienia dotyczy nieistniejącej czynności wykonawcy, który nie wyjaśniał treści oferty;
- czynność wykonawcy dotyczy dokumentu, który nie ma znaczenia dla postępowania, ponieważ powstał w oparciu o czynność, co do której Zamawiający ma obowiązek jej unieważnienia;
- Zamawiający zmierza do odtajnienia dokumentu pozyskanego zgodnie z wyrokiem Izby w sposób bezprawny;
- działanie Zamawiającego narusza zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i pogłębia stan naruszania prawa.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia w całości czynności Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2023 r. ze skutkiem odtajnienia informacji na dzień 29 kwietnia 2023 r.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem jego oferta nie została odrzucona i zgodnie z Informacją z otwarcia ofert z dnia 23 września 2022 r. była ofertą z najniższą ceną.

Dnia 12 grudnia 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wezwania z dnia 10 listopada 2022 r. o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zaskarżona czynność dotyczy właśnie odtajnienia informacji pozyskanych w ramach wezwania podlegającego unieważnieniu. Unieważnienie czynności wezwania do wyjaśnień treści oferty oznacza, że nie może istnieć czynność wyjaśnień treści oferty, co czyni odtajnienie (czyli zaskarżaną czynność Zamawiającego) bezprzedmiotowym.

Zamawiający nie może wykonywać czynności niezgodnych z wyrokiem Izby, w szczególności względem informacji, które zgodnie z tym wyrokiem pozyskał niezgodnie z prawem, tj. art. 223 ust. 1 PZP. W ocenie Izby w wyroku zadane przez Zamawiającego pytania w żadnej mierze nie dotyczyły niejasności w zakresie treści oferty, nie mogły zatem być przedmiotem wezwania do udzielenia wyjaśnień,

Odtajnienie dokumentów pozyskanych przez Zamawiającego niezgodnie z prawem narusza interes prawny Odwołującego, bowiem prowadzi do ujawnienia informacji, których

Wykonawca w ogóle nie miał obowiązku udzielać (i należy przyjąć, że nie udzielił) w postępowaniu, zaś informacje te, raz ujawnione mogą służyć innym wykonawcom lub Zamawiającemu do bezzasadnego kwestionowania wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, co może mu grozić szkodą w postaci konieczności poniesienia kosztów odpierania odwołania, a nawet szkodą w zakresie nieudzielenia zamówienia. Inni wykonawcy powinni mieć możliwość kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie na podstawie informacji pozyskanych zgodnie z prawem, a

nie na podstawie podlegającej zgodnie z wyrokiem Izby unieważnieniu czynności wezwania do złożenia wyjaśnień.

Jak się wydaje Odwołującemu, Zamawiający ma pełną świadomość, iż narusza interes prawny Wykonawcy, bowiem usiłuje zminimalizować ryzyko takowego zarzutu, odraczając skutek odtajnienia na dzień 28 kwietnia 2023 r. Termin ten jest nieprzypadkowy, bowiem Zamawiający musiał antycypować, iż po tej dacie zostanie wydany korzystny dla niego wyrok Sądu ze skargi na wyrok Izby. Już samo antycypowanie treści wyroku przez Zamawiającego jest niedopuszczalne. Wydanie wyroku w sprawie zostało odroczone, a mimo to Zamawiający nie unieważnił swojej czynności odtajnienia, co tym bardziej potwierdza istnienie interesu prawnego Wykonawcy do zaskarżenia tej czynności.

Zamawiający przekazał Wykonawcy informację o czynności odtajnienia informacji ze skutkiem na dzień 29 kwietnia 2023 r. pismem z dnia 18 kwietnia 2023 r. Tym samym termin na wniesienie odwołania został dochowany przez Odwołującego. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Opisując stan faktyczny i uzasadniając zarzuty, Odwołujący podniósł, że na skutek wezwania do udzielenia wyjaśnień treści oferty, dokonanego przez Zamawiającego w dniu 10 listopada 2022 r., Wykonawca dokonał czynności wyjaśnień treści oferty, składając dokument składający się z trzech plików wyszczególnionych w tym odwołaniu. Wykonawca jednocześnie zaskarżył czynność Zamawiającego.

Dnia 12 grudnia 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wezwania z dnia 10 listopada 2022 r. o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Izba uznała, że art. 223 ust. 1 PZP stanowi, iż Zamawiający nie może żądać wyjaśnień treści oferty, jeżeli nie występują u niego wątpliwości co do treści oferty, jednocześnie wskazując, iż w sytuacji postępowania budowa zaproponowanego przez Zamawiającego formularza oferty wyklucza w zasadzie istnienie wątpliwości. Postępowanie Zmawiającego naruszało zasadę równego traktowania wykonawców (sygn. akt: KIO 3088/22). Izba uznała między innymi, iż poprzez uczynienie odpowiedzi na pytania częścią oferty, Zamawiający miał na celu ograniczanie swobody projektowej wykonawców przyznanej im w Programie Funkcjonalno-Użytkowym na etapie realizacji zamówienia oraz minimalizację ryzyka zgłaszania roszczeń przysługujących im na

mocy warunków kontraktowych FIDIC. Czynności Zamawiającego miały zatem na celu obejście przepisów o zakazie zmiany SWZ po terminie składania ofert i pozbawienie lub ograniczenie wykonawców praw przyznanych im na mocy SWZ, a które były podstawą wyceny oferty, w tym w zakresie tzw. premii za ryzyko. Poprzez uzyskanie odpowiedzi Zamawiający chciał zmienić rozkład ryzyk ustalony w SWZ i zminimalizować swoje ryzyka w sposób niezgodny z PZP i wymogami w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Obecnie, pomimo obowiązywania wyroku Izby, co do którego wniesienie skargi nie wstrzymuje jego wykonalności/skuteczności, Zamawiający podejmuje dalsze czynności, mające za przedmiot dokumenty pozyskane na skutek czynności, której Izba nakazała unieważnienie. Zamawiający usiłuje bowiem odtajnić wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na żądanie przez Zamawiającego wyjaśnień treści oferty, które to żądanie Izba uznała za sprzeczne z prawem.

Na podstawie. art. 577 PZP „W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze". Do czasu ogłoszenia wyroku przez Izbę Zamawiający może podejmować wszelkie czynności, za wyjątkiem zawarcia umowy o zamówienie publiczne (tzw. reguła standstill). Ma to na celu zapewnienie skuteczności odwołania i wykonania wyroku Izby. Po ogłoszeniu zaś przez Izbę wyroku, stan prawny ulega istotnej zmianie, a Zamawiający uzyskuje prawo (i obowiązek) zawarcia umowy o zamówienie publiczne, nawet pomimo zaskarżenia wyroku do Sądu i winien dokonywać wyłącznie czynności zgodne z wyrokiem Izby, a nie sprzeczne z nim - ale pod warunkiem, iż wyrok jest korzystny dla Zamawiającego (patrz Dzierżanowski komentarz do art. 577 PZP).

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 24 listopada 2011 r., III CZP 85/05, skuteczny lub wykonalny jest wyrok zespołu arbitrów, unieważniający wszystkie czynności zamawiającego, od którego wniesiono skargę do sądu, wydany w sprawie w której wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza wartości wskazanych w art. 182 ust. 2 pkt 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) (…). Sam fakt, że wyrok zespołu arbitrów rozstrzygający protest i nakazujący powtórzenie czynności albo unieważniający czynność lub całe postępowanie jest wykonalny lub skuteczny nie oznacza bezprzedmiotowości postępowania sądowego wszczętego skargą na taki wyrok.

Powyższe rozstrzygnięcie uznał za wciąż aktualne, przy czym bez ograniczeń wynikających z poprzedniego stanu prawnego Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19 czerwca 2020 r., sygn. XXIII Ga 1367/19, w którym przesądził, iż nadto należy w tym miejscu wskazać na uchwałę Sądu Najwyższego z 24.11.2005 r. (sygn. III CZP 85/05, publik. OSN rok 2006 r. Nr 10, poz. 161), z której uzasadnienia wynika, że jeżeli wyrok Zespołu

Arbitrów (obecnie KIO) jest skuteczny i wykonalny, to zamawiający zobowiązany jest go wykonać, a ewentualne wniesienie skargi do sądu nie wstrzymuje jego wykonania.

Podobne rozstrzygnięcia zapadały także w innych przypadkach. W wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 26 lipca 2006 r., wskazano, że „Zamawiający ma obowiązek niezwłocznie po doręczeniu wykonać wyrok Zespołu Arbitrów, który uwzględniając odwołanie może m. in. nakazać dokonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego (art. 191 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.)".

Podobnie w nowym orzecznictwie Izby kwestia ta nie budzi żadnych wątpliwości. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 18 kwietnia 2018 r., KIO 678/18 „Jeżeli wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest skuteczny i wykonalny, to zamawiający

zobowiązany jest go wykonać, a ewentualne wniesienie skargi do sądu okręgowego nie wstrzymuje jego wykonania".

Uzyskanie prawomocności przez wyrok Izby zmienia tylko to, że Zamawiający uprzednio był obowiązany wykonywać czynności zgodnie z wyrokiem Izby, a po uzyskaniu przez wyrok prawomocności, Odwołujący może wszcząć egzekucję, choćby posiłkując się art. 1050 k.p.c. lub 1050 1 k.p.c. Niewykonywanie wyroku Izby stanowi w opinii Odwołującego samodzielną przesłankę do przyjęcia, iż Zamawiający uchybił obowiązkowi rzetelnego i zgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podobnie w wyroku z dnia 20 listopada 2018 r. Izba uznała, że rację ma Przystępujący, który twierdził, że „po wydaniu przez KIO orzeczenia w sprawie przepisy nie wprowadzają dla zamawiającego już żadnych ograniczeń i nie limitują czynności, które może on dokonywać w postępowaniu. Skoro, więc po wydaniu orzeczenia przez KIO Zamawiający może nawet zawrzeć umowę, udzielając zamówienia wykonawcy, co do prawidłowości oferty, którego może być przecież wniesiona skarga do sądu okręgowego, to tym bardziej Zamawiający może również podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania, w którym nie złożono żadnej niepodlegającej odrzuceniu oferty i zabezpieczyć realizację swoich potrzeb poprzez wszczęcie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...)

Ustawodawca nie wskazał także, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest nieprawomocny. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest wykonalny i żaden przepis prawa nie zabrania Zamawiającemu wykonania wyroku Izby oraz uwzględnienia konsekwencji wydanego przez Krajowa Izbę Odwoławczą wyroku, nawet pomimo jego zaskarżenia przez wykonawcę czy inny podmiot" (Wyrok KIO z dnia 6 września 2021 r. KIO 2254/21, KIO 2255/21, KIO 2258/21).

Brak możliwości egzekucji powoduje jednak, że z żadnego konkretnego przepisu nie wynika termin wykonania wyroku. Izbie z urzędu znane są przykłady licznych sytuacji, w których na skutek zawarcia umowy sąd rozpoznający skargę (na przykład na wyrok Izby nakazujący odrzucenie oferty) stwierdza jedynie naruszenie prawa. W tym jednak

postępowaniu Zamawiający zachowuje się odwrotnie, czekając już prawie pięć miesięcy na wyrok Sądu, bowiem to Zamawiający złożył skargę na rozstrzygnięcie Izby.

W odwołaniu zarzutem do Zamawiającego nie jest brak wykonywania wyroku Izby, ale podjęcie czynności tak, jakby wyrok nie istniał. Ponieważ zaś wyrok nakazuje unieważnienie czynności, takie postępowanie Zamawiającego jest sprzeczne z wyrokiem.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2021 r. KIO 1767/21 podano, że: „zamawiający jest uprawniony do samodzielnego uchylania swoich czynności i ich ponawiania, a ograniczeniem w tym przedmiocie jest wcześniejsze rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, nakazujące określone czynności czy wskazujące na określony sposób oceny oferty. W pozostałym zakresie zamawiający, zarówno z własnej inicjatywy np. jeśli przeprowadzenie danej czynność jest konieczne na danym etapie procedury przetargowej, jak też w następstwie analizy stawianych zarzutów, może i powinien dokonywać korekty podejmowanych czynności, zmierzając do przeprowadzenia postępowania w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami. Wyrazem takiej korekty może być unieważnienie wadliwych czynności, w tym unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty wykonawcy, który został wybrany w postępowaniu".

Odwołujący zwrócił także stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej z wyroku z dnia 18 listopada 2016 r., KIO 2088/16: „Jedyną prawnie dopuszczalną formą polemiki z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej jest wniesienie skargi do właściwego sądu okręgowego. Jeżeli zamawiający takiej skargi nie wnosi, to przyjąć należy, że z wyrokiem Izby się godzi i go akceptuje. Nie do przyjęcia natomiast jest sytuacja, że zamawiający, rzekomo wykonując wyrok Izby, w istocie go podważa i zmienia zawarte w nim ustalenia". A contrario Odwołujący wywodzi, iż poza wniesieniem skargi na wyrok Izby, Zamawiający nie może podejmować żadnej innej polemiki z tym wyrokiem, a w szczególności dokonywać jakichkolwiek czynności sprzecznych z tym wyrokiem.

W uchwale z dnia 7 maja 2014r. KIO/KU 40/14 Izba stwierdziła, iż „Odnosząc się do argumentu Prezesa UZP, że orzeczenie Izby przed stwierdzeniem przez sąd jego wykonalności nie ma mocy prawnej przypisanej wyrokowi sądu należy podkreślić, że również bez stwierdzenia wykonalności orzeczenia Izby, orzeczenie to wiąże strony postępowania odwoławczego, które powinny zastosować się do treści orzeczenia. Nawet gdyby uznać, że dopiero stwierdzenie wykonalności orzeczenia Izby przez sąd, zrównuje orzeczenie Izby z wyrokiem sądu powszechnego, co m. in. umożliwia przymusową egzekucję orzeczenia Izby, to nie zmienia to faktu, iż w sytuacji, gdy orzeczenie Izby nie zostało skutecznie zaskarżone, powinno zostać wykonane zgodnie z jego treścią nawet bez stwierdzenia jego wykonalności i jest wiążące". O ile orzeczenie co do zasady dotyczy stanu, w którym wyrok Izby jest prawomocny, jednak zaproponowane rozumowanie ma mutatis mutandis zastosowanie do przypadku opisanego w odwołaniu.

W opinii Odwołującego w Pzp istnieje luka polegająca na braku prawnego pogodzenia istnienia nieprawomocnych wyroków Izby z koniecznością dalszego prowadzenia postępowania, w którym brak jest instytucji zawieszenia. Z jednej strony Zamawiający powinien kontynuować postępowanie (i odwrotnie niż w sprawie na ogół kontynuuje), z drugiej teoretyczny brak wpływu orzeczenia na postępowanie Zamawiającego (bo nie jest prawomocne) pozwala mu kontynuować postępowanie według własnego uznania. W opinii Odwołującego właściwym byłoby zastosowanie reguł rządzących postanowieniami sądu, co jest możliwe w przypadku konieczności wypełnienia luki w prawie. W szczególności bowiem postanowienia sądu stają się skuteczne w takim zakresie i w taki sposób, jaki wynika z ich treści, z chwilą ogłoszenia, a jeżeli ogłoszenia nie było - z chwilą podpisania sentencji (art. 360 k.p.c.).

Również w PPSA znajdujemy przepis art. 152 par. 1, który stanowi, iż w razie uwzględnienia skargi na akt lub czynność, nie wywołują one skutków prawnych do chwili uprawomocnienia się wyroku, chyba że sąd postanowi inaczej.

Dla potrzeb tego postępowania wystarczy jednak uznanie, że działanie sprzeczne z wydanym wyrokiem Izby jest

sprzeczne z prawem, a także prowadzi do naruszenia zasady zachowania konkurencji, skoro Zamawiający prowadzi czynności niezgodne z prawem wobec jednego z wykonawców, bowiem toczy z nim spór.

By prowadzić dalsze czynności Zamawiający musi przede wszystkim usunąć stan niezgodności z prawem, o którym orzekła Izba, nie zaś podejmować dalsze kroki, które mogą doprowadzić do sytuacji, w której dojdzie do istnienia sprzecznych ze sobą wyroków Izby (vide stan faktyczny uchwały III CZP 85/05).

Izba stwierdziła w uzasadnieniu wyroku KIO 3088/22, iż Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem gdyby nie zaskarżył wezwania, a Zamawiający na podstawie udzielonych wyjaśnień odrzuciłby ofertę Odwołującego jak niezgodną z SWZ, nie kwestionując wezwania, Odwołujący poniósłby szkodę. Innymi słowy brak wezwania powoduje, iż albo (i) brak jest w postępowaniu odpowiedzi, albo (ii) odpowiedzi nie są brane pod uwagę przy badaniu i ocenie ofert.

W postępowaniu dokumentacja tworzona jest na jeden z czterech sposobów: (i) dobrowolne pisma zmawiającego (np. SWZ), (ii) dobrowolne pisma wykonawcy (np. pytania do treści SWZ), (iii) pisma zamawiającego w odpowiedzi na żądania wykonawców (wyjaśnienia treści SWZ), (iv) pisma wykonawców w odpowiedzi żądania zamawiającego (wyjaśnienia treści oferty, wyjaśnienia RNC).

Pismo złożone w ramach odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w przypadku unieważnienia czynności wezwania byłoby pismem nie złożonym na żądanie zamawiającego i pismem złożonym wbrew woli wykonawcy. W takim przypadku trudno przyjąć, że w ogóle istnieje w postępowaniu. Wyjaśnienia są czynnością wykonawcy, której podstawą jest

czynność zamawiającego. Brak czynności wezwania do wyjaśnień skutkuje brakiem możliwości odpowiedzi i bezprzedmiotowością dokumentu wykonawcy. Pismo, którego treść z powodu jej bezprzedmiotowości nie ma żadnego znaczenia w postępowaniu, nie mieści się w ramach dokumentacji postępowania.

Mówiąc inaczej, ponieważ Wykonawca może dokonać wyjaśnień treści oferty jedynie na skutek wezwania go do złożenia takich wyjaśnień, to Zamawiający wykonując wyroku Izby i unieważniając czynność wezwania do wyjaśnień nie może uznać wyjaśnienia nieistniejących wątpliwości Zamawiającego za dokument złożony skutecznie w postępowaniu.

Można ewentualnie przyjąć, iż odpowiedzi nie są brane pod uwagę przy ocenie ofert, wówczas dokument ten pozbawiony jest jakiegokolwiek znaczenia w postępowaniu i podobnie nie powinien stanowić jakiejkolwiek czynności, bowiem czynność z założenia ma wywołać określone konsekwencje prawne.

Zwykle Zamawiający wykonuje wyroki Izby i prowadzi dalej postępowanie, pomimo składania skarg na orzeczenia Izby, w tym przypadku prowadzi postępowanie, ignorując wyrok Izby wydany w granicach upoważnienia ustawowego i w istocie obchodząc go, prowadząc do pogłębienia stanu niezgodności z prawem postępowania.

W podsumowaniu Odwołujący zaznaczył, że nie ujmuje Zamawiającemu prawa do prowadzenia postępowanie i do dokonywania dalszych czynności, ale muszą to być czynności zgodne z prawem, o charakterze sanującym wadliwe czynności, w tym unieważnienie bezzasadnego wezwania do udzielenia wyjaśnień, ewentualnie niezwiązane z wezwaniem do wyjaśnień czynności służące dalszemu prowadzeniu postępowania, a nie czynności powodujące dalsze naruszenia.

Wyrok Izby uchyla bowiem na pewno domniemanie działania Zamawiającego zgodnie z prawem a wręcz wprowadza domniemanie działania niezgodnego z prawem. Zamawiający usiłuje zatem obejść wyrok Izby i na siłę wprowadzić do postępowania dokumenty, które w nim nie mogą istnieć i nie istniałyby lub nie wywoływały żadnych skutków dla postępowania, gdyby Zamawiający podjął czynności nakazane wyrokiem Izby. Działanie Zamawiającego narusza powagę Krajowej Izby Odwoławczej.

Biorąc pod uwagę argumentację, w ocenie Odwołującego odwołanie jest uzasadnione, wobec czego wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, jego oferta jest najtańszą złożoną w postępowaniu. Ujawnienie treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dotyczących treści oferty, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci braku uzyskania zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm: (1) Gülermak Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum); (2) Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (Partner); (3) Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze, Turcja (Partner). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia i dopuściła Konsorcjum jako Przystępującego.

Przystępujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść Zamawiającego. Działanie, jakie podjął Zamawiający, zmierza do zapewnienia przejrzystości postępowania i ewentualnego dostępu do akt sprawy innym uczestnikom postępowania. Transparentność wydatkowania środków publicznych, a także zapewnienie kontroli innym wykonawcom, iż rzeczywiście ma miejsce prawidłowe nimi dysponowanie, to jedna z podstawowych wartości i zasad Pzp.

Izba wielokrotnie wskazywała, że zgłaszający przystąpienie może się powołać na jakikolwiek interes, w tym również faktyczny, przy czym należy go rozumieć szeroko (tak: wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015 roku, KIO 2575/15 oraz 13 kwietnia 2016 roku, KIO 453/16; KIO 454/16). Bowiem „wystarczy zasadniczo jakakolwiek korzyść, nawet hipotetyczna, w zgłoszeniu przystąpienia po deklarowanej stronie postępowania" (tak wyrok KIO z 12 czerwca 2015 r., KIO 1110/15). Podobnie w wyroku z dnia 20 stycznia 2014 r. (KIO 5/14) Izba stwierdziła, że: „interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłasza się przystąpienie, jest inną, szerszą kategorią prawną, niż wymagany przez art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907) interes w uzyskaniu danego zamówienia. Instytucja przystąpienia zbliżona jest do uczestnictwa w postępowaniu nieprocesowym. Dla uzyskaniu statusu interwenienta wystarczające jest w zasadzie, gdy wykonawca zainteresowany jest wynikiem sprawy. Dla uzyskania statusu przystępującego wystarczające zatem będzie

zainteresowanie wynikiem sprawy, zgodnie ze stanowiskiem strony, do której zgłasza się przystąpienie".

Ponadto jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, interes wykonawcy może również polegać na swoistej „kontroli", czy postępowanie o udzielenie zamówienia przebiega w sposób prawidłowy, co przynajmniej pośrednio wynika również z orzecznictwa o możliwości złożenia odwołania zmierzającego do unieważnienia postepowania.

Przystępujący ubiega się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, ma on zatem zasadniczy interes w oddaleniu odwołania, a jego interes jest tożsamy z interesem Zamawiającego. W ocenie Przystępującego odtajnienie wyjaśnień zamierza do zapewnienia podstawowej zasady Pzp, tj. zasady przejrzystości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Na podstawie dokumentacji otrzymanej od Zamawiającego oraz treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2022 roku, sygn. akt KIO 3088/22, skład orzekający wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy ustalił, że wyrokiem KIO z dnia 12 grudnia 2022 roku, sygn. akt KIO 3088/22 nakazano Zamawiającemu unieważnienie czynności w postaci wezwania Odwołującego do wyjaśnień z dnia 10 listopada 2022 r. Zamawiający powyższe orzeczenie KIO zaskarżył do sądu okręgowego. Do dnia wydania niniejszego orzeczenia Izby, nie zapadło jeszcze rozstrzygnięcie w sprawie skargi na orzeczenie KIO 3088/22.

W dniu 18 kwietnia 2023 roku Zamawiający dokonał nowej czynności w prowadzonym postępowaniu, gdzie poinformował Odwołującego, że informacje zawarte w plikach:

- „kolin_wyjasnienia_wykonawcy_fin-r2-tajemnica_przedsiebiortswa";

-„tender_team_appointment-tajemnica_przedsiebiortswa";

- „zalacznik-tajemnica_przedsiebiortswa"

nie spełniają w ocenie Zamawiającego wymagań definicji tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), jak również Wykonawca nie wykazał spełniania powyższej przesłanki w uzasadnieniu, w tym również, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych w postępowaniu informacji.

W podobnym stanie faktycznym wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1810/22 w ramach odwołania Wykonawcy

KOLİN İNŞAAT TURİZM SANAYİ VE TİCARET ANONİM ŞİRKETİ w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Oddział Lublin pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski-Hrebenne, Odcinek nr 7: węzeł "Zamość Południe" bez węzła - węzeł "Tomaszów Lubelski Północ" bez węzła; dł. ok. 18,498 km, wskazując na prawidłowość działań Zamawiającego, który odtajnił zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia Wykonawcy wraz z załącznikami.

Wobec powyższego Zamawiający podał, że z dniem 29 kwietnia 2023 r. odtajni informacje zawarte w plikach:

- „kolin_wyjasnienia_wykonawcy_fin-r2-tajemnica_przedsiebiortswa";
- „tender_team_appointment-tajemnica_przedsiebiortswa";
- „zalacznik-tajemnica_przedsiebiortswa".

Zamawiający w piśmie z dnia 18 kwietnia 2023 roku, podniósł, że postępowanie w sprawie zamówienia publicznego co do zasady jest jawne, na co wskazuje art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli Wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą

być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przepis ten, jak każdy wyjątek od zasady, należy interpretować ściśle.

W złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach z dnia 28.11.2022 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 10.11.2022 r. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w prowadzonym postępowaniu zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia wraz z załącznikami zawarte w plikach:

- „kolin_wyjasnienia_wykonawcy_fin-r2-tajemnica_przedsiebiortswa";
- „tender_team_appointment-tajemnica_przedsiebiortswa";
- „zalacznik-tajemnica_przedsiebiortswa".

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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.

W treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego

w pkt. I ZASTRZEŻENIE TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA w ocenie Zamawiającego, Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

w tym że stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą.

Ponadto przedstawione przez Wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a część wskazanych informacji jest łatwo dostępna dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji, a tym samym nie mogą zostać uznane za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 2113/16; KIO 2119/16), wskazała, że: „To, czy dane informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, podlega każdorazowo indywidualnemu badaniu i ocenie; zależy to od ich treści i znaczenia, a także, z przyczyn formalnych, czy taka tajemnica została zastrzeżona i czy została zastrzeżona prawidłowo. Ustawodawca, chcąc ukrócić nadmierne i nieuzasadnione zastrzeganie przez wykonawców wszelkich informacji, które nie mają przymiotu tajemnicy, wskazał w ww. przepisie, że samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić -i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz "wykazać" - iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa".

Zamawiający oceniając zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa opiera się wyłącznie na ich treści. Potwierdza to wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 10/17). Z kolei w wyroku KIO z dnia 4 sierpnia 2015 r. (KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/16) Izba wskazuje, że „wykonawcy winni wykazać zamawiającemu, dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody. Wykonawca winien wykazać istnienie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Zaś możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona."

Ponadto odnośnie przesłanek do objęcia informacji zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający wskazał także na wyrok Izby z dnia 10 lipca 2015 r. (KIO 1185/15): „(…) Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy (…). Wykonawca ten nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie, że wyjaśnienia były przygotowywane wyłącznie przez pracowników, nie złożył listy pracowników mających dostęp do wyjaśnień, nie przedłożył kopii umów

o pracę czy umów o zachowanie poufności. Nie przedstawił kopii żadnych procedur wewnętrznych potwierdzających istnienie wewnętrznych regulacji w zakresie ochrony informacji wrażliwych".

Zamawiający zauważył, że Odwołujący w postępowaniu oprócz ogólnego wskazania na wprowadzenie Polityki tajemnicy przedsiębiorstwa (która nie została załączona), a tym samym wzmożoną ochronę informacji stanowiących zdaniem Wykonawcy tajemnicę przedsiębiorstwa nie przedstawił żadnych dokumentów (oprócz Powołania Zespołu Przetargowego - dla kontraktu niebędącego przedmiotem niniejszego postępowania) wykazujących zobowiązanie pracowników/członków zespołu do zachowania poufności. Wykonawca nie przedstawił również Odpisu zarządzania powołującego zespół przetargowy na który powołuje się w treści zastrzeżenia. W treści uzasadnienia i wyjaśnień nie wykazano konkretnych okoliczności faktycznych, których wystąpienie uzasadniałoby uznanie zastrzeganych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedłożone uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nawet traktowane w kategoriach uprawdopodobnienia, a co dopiero wykazania. Uzasadnienie zawiera szereg ogólników, które nie mogą stanowić „wykazania" zasadności zastrzeżenia, którego wymaga ustawodawca od wykonawcy w art. 18 ust. 3

ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wskazano, że: „(…) Należy tu podkreślić, iż przedłożone wyjaśnienia w zastrzeżonej części zawierają szczególnie ważne informacje dla Wykonawcy i jego Kontrahentów (…)Wszystkie te informacje stanowią wynik doświadczenia Wykonawcy w realizacji kontraktów drogowych, jego know-how co do procesu pozyskiwania i wykonywania Zamówień oraz takiego zorganizowania tego procesu, aby osiągnąć konkurencyjną cenę przy zmaksymalizowaniu zysków, zachowaniu wymogów jakościowych oraz zminimalizowaniu potencjalnych ryzyk (…) Mimo, że oferta została przygotowana w oparciu o założenia poczynione dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest wykonanie zamówienia objętego Postępowaniem, to ich analiza przez podmioty konkurujące z Wykonawcą, pozwoli im uzyskać informacje o wypracowanych przez Wykonawcę metodach minimalizacji kosztów wykonania zamówienia, co spowoduje zniwelowanie przewagi konkurencyjnej Wykonawcy w następnych postępowaniach, w których będzie brał udział. (…) Z tego względu informacje te należy uznać za posiadające wartość gospodarczą Wykonawcy i jako takie, za niepodlegające ujawnieniu (…). ”

Samo jednak stwierdzenie, że dane informacje mają wartość nie wystarczy aby uznać, że Wykonawca dokonał skutecznego zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z przedstawionej argumentacji nie wynika jaką konkretnie wartość gospodarczą mają zastrzeżone dokumenty/informacje i jak ta okoliczność przekłada się na funkcjonowanie Wykonawcy na rynku.

Wykonawca w uzasadnieniu nie wykazał, które konkretnie elementy zastrzeżonych informacji oraz w jaki sposób ich pozyskanie pozwoliłby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuację rynkową. Ponadto większa część wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę stanowi wyłącznie potwierdzenie uwzględnienia w ofercie Wykonawcy wymagań Zamawiającego a w związku z tym nie posiada żadnej wartości gospodarczej. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca ponadto powołuje się na dokumenty które nie zostały załączone do złożonych wyjaśnień, w szczególności wskazać należy na brak złożenia Polityki tajemnicy przedsiębiorstwa, Odpisu zarządzania powołującego zespół przetargowy oraz Modelu Finansowego który zawierałby informacje o warunkach kredytowania, a więc zarówno o koszcie, jaki z tego tytułu poniesie Wykonawca, oraz informacje o wynagrodzeniu Instytucji Finansowej i warunkach oferowanych danemu przedsiębiorcy.

Nie wykazano z jakiego powodu niedostępne mają być dla innych wykonawców między innymi takie dokumenty jak Schemat organizacyjny zespołów projektowych, System zapewnienia jakości, Certyfikaty, Bankowy list referencyjny, opis doświadczenia Wykonawcy, opis przyjętej technologii drążenia tunelu czy też wstępny plan mobilizacji sprzętu Wykonawcy.

W uzasadnieniu nie wykazano istnienia związku przyczynowo – skutkowego między ujawnieniem zastrzeżonych dokumentów /informacji a szkodą, jaką może ponieść Wykonawca.

Tajemnica przedsiębiorstwa musi mieć charakter obiektywny, a brak przedstawienia przez Wykonawcę w tym zakresie dowodów podważa wiarygodność samych oświadczeń Wykonawcy. Za dowód nie może w niniejszym przypadku zostać uznane to, że: „(…)wewnątrz naszej organizacji dostęp do poszczególnych części tych informacji ma ograniczony krąg osób związanych z ich wytworzeniem, zaś całość treści oferty oraz załączników do niej zaznana jest wyłącznie ścisłemu kierownictwu i nielicznym osobom zaufanym. Spółka powołała w tym celu zespół przetargowy. Wszystkie te osoby zostały zgodnie z obowiązującym systemem powiadomione o fakcie traktowania tych informacji jako poufne, a także złożyły stosowne oświadczenia o zachowaniu w tajemnicy uzyskanych w ten sposób informacji (…).”

Samo powołanie się na politykę tajemnicy przedsiębiorstwa czy też zarządzenie powołujące zespół przetargowy (które de facto nie zostały dołączone) bez podania realnych i obiektywnych powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Tego rodzaju ogólniki mogą zostać wskazane przez każdego wykonawcę na potrzeby każdego postępowania.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca w swoich wyjaśnieniach winien odnieść się do każdej informacji jak również do każdego z dokumentów osobno i dla każdego z nich osobno

wykazać, jakie z informacji zawartych w wyjaśnieniach oraz danych dokumentach mają charakter tajemnicy i dlaczego. Trudno uznać za wiarygodne, aby np. ogólne potwierdzenia uwzględnienia w ofercie Wykonawcy wymagań Zamawiającego czy inne wskazane powyżej dokumenty, zawierała taką tajemnicę.

W uzasadnieniu zastrzeżenia znajdują się również informacje dotyczące orzecznictwa w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie mogą zostać uznane za rzetelne wykazanie, że zastrzegane w tym przypadku całe dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przywołane orzecznictwo nie może świadczyć o zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na fakt, że orzeczenia wydawane są każdorazowo w konkretnym stanie faktycznym, który z natury rzeczy nie może być identyczny z istniejącym w niniejszej sprawie.

Końcowo Zamawiający zaznaczył, że od powyższej czynności wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej.

Od wykonanej czynności Odwołujący złożył odwołanie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione i podlegało oddaleniu w całości.

Odnosząc się do przywołanych w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 554 ustawy Pzp podkreślić należy, iż przepis ten skierowany jest do Izby i wyznacza czynności, które może ona podjąć w postępowaniu

odwoławczym. Przepis art. 554 ustawy Pzp wskazuje kiedy Izba może uwzględnić odwołanie i jakie w tym zakresie może stwierdzić naruszenia ustawy Pzp, a w ramach tych naruszeń jakie czynności może nakazać zamawiającemu. Wobec takiej hipotezy przepisu, nie może on zostać naruszony przez zamawiających, bowiem nie są oni jego adresatami. Tym samym nie mogło mieć miejsca naruszenie wskazywane przez Odwołującego.

W przypadku art. 577 ustawy Pzp zawiera on zakaz zawarcia umowy w przypadku wniesienia odwołania, do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. W przedmiotowym postępowaniu umowa nie została zawarta. Postępowanie prowadzone przez Zamawiającego obecnie znajduje się na etapie badania i oceny ofert. Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej, tym bardziej nie jest możliwe zawarcie umowy, czy też wnioskowanie o uchylenie zakazu jej zawarcia. Skoro więc czynność zawarcia umowy nie miała miejsca, to Zamawiający nie mógł naruszyć również tej regulacji ustawy Pzp wskazywanej jako podstawa zarzutu przez Odwołującego.

Następnie Odwołujący wskazywał na naruszenie 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 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Niewątpliwie Odwołujący składając na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie treści oferty, zastrzegł tak same wyjaśnienia, jak również uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest również sporne, że Zamawiający w dniu 18 kwietnia 2023 roku dokonał odtajnienia powyższych dokumentów, ze skutkiem na dzień 29 kwietnia 2023 roku. Odwołujący wniósł na powyższą czynność odwołanie. Niestety, środek ochrony prawnej, z którego skorzystał Odwołujący, poza przywołaniem w petitum naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie zawiera w tym zakresie żadnego merytorycznego uzasadnienia. Odwołujący nie przedstawił argumentacji, z której wynikałoby, że czynność odtajnienia Zamawiającego jest niezgodna z zasadami ustawy Pzp odnoszącymi się do możliwości powoływania się przez wykonawców na tajemnicę przedsiębiorstwa, a Odwołujący składając wyjaśnienia wykazał przesłanki umożliwiające mu zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący ową niezgodność czynności wiąże z zapadłym uprzednio w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego orzeczeniu tutejszej Izby o sygn. akt KIO 3088/23, a nie naruszeniem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie rozstrzygając w tym momencie, czy Zamawiający uprawniony był do dokonania czynności w postępowaniu po wydaniu orzeczenia przez Izbę, dostrzeżenia wymaga okoliczność, że zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp jest merytorycznie pusty w odwołaniu. Odwołujący koncentrując się na poprzednim orzeczeniu Izby uważa, że czynność odtajnienia w ogóle nie powinna mieć miejsca i w tym upatruje naruszenia przywołanej regulacji art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący winien był zbudować zarzut, odnosząc się do czynności dokonanej przez Zamawiającego. Skoro działania lub zaniechania Zamawiającego miały doprowadzić do naruszenia art. 18 ustawy Pzp, to do tych działań i zaniechań należało odnieść się w odwołaniu. Zarzut zawierać powinien nie tylko wskazanie podstawy prawnej ale również uzasadnienie faktyczne. Przedstawione przez Odwołującego uzasadnienie nie koresponduje ze wskazywanym naruszeniem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Regulacja ta odnosi się do oceny prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji przekazywanych przez wykonawcę, a nie do prawidłowości wykonywania czynności po wyroku Izby przez samego Zamawiającego. Wydaje się, że Odwołujący nie będąc w stanie wskazać, jaki przepis

naruszył Zamawiający, dokonując czynności po korzystnym dla Wykonawcy wyroku Izby, a przed wydaniem orzeczenia przez sąd II instancji, zdecydował się na karkołomną konstrukcję zbiegu przepisów materialnych i formalnych, które wskazywane łącznie, w ocenie składu orzekającego Izby nie mogły zostać naruszone.

Przechodząc do oceny zachowania Zamawiającego po wydaniu orzeczenia KIO 3088/22, Izba w tym zachowaniu nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy Pzp, w tym wskazywanego w odwołaniu art. 16 ustawy Pzp.

Niewątpliwie w orzeczeniu KIO 3088/22 Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania do wyjaśnień z 10 listopada 2023 roku. Niewątpliwie również samej nakazanej czynności Zamawiający nie wykonał. Zaskarżył natomiast zapadłe orzeczenie, wnosząc skargę do sądu okręgowego. Skarga dotychczas nie została rozpoznana. Odwołujący nie kwestionuje, że w ustawie Pzp nie ma regulacji, która wyznaczałaby zamawiającemu termin na wykonanie czynności nakazanych przez Izbę w wyroku. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że Zamawiający powstrzymał się z merytoryczną oceną złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, oczekując na rozstrzygnięcie sądu II instancji. Celnie Zamawiający podkreśla, że takiego działania nie można uznać za niezgodne z wydanym uprzednio orzeczeniem. Zamawiający zatem stosuje się do wydanego orzeczenia KIO, choć formalnie czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnień nie unieważnił. Zamawiający bowiem nie wyciąga żadnych skutków prawnych z informacji uzyskanych od Odwołującego. Gdyby zapadł wyrok Sądu Okręgowego oddalający skargę Zamawiającego, w ocenie składu orzekającego, będzie on rodził właśnie takie konsekwencje. Zamawiający nie będzie uprawniony do merytorycznej oceny wyjaśnień, wyciągania z treści tego dokumentu negatywnych konsekwencji wobec Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z postulatami Odwołującego dokument wyjaśnień będzie traktowany, jak niezłożony. Ale nie oznacza to, że byt takiego dokumentu skutkuje jego fizycznym unicestwieniem. Formalnie dokument został złożony i stanowi on, zdaniem Izby, treść załącznika do protokołu z postępowania. Skoro dokument nadal istnieje, a jego treść chroni klauzula tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający był uprawniony do oceny, czy zastrzeżenie to posiada skuteczny wymiar. Gdyby rozstrzygnięcie sądu było korzystne dla Wykonawcy, to dokument nie będzie podlegał merytorycznej ocenie. Jednakże, odrębnie od oceny merytorycznej, zbadać można, czy spełnione zostały formalne przesłanki uznania informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dokument bowiem, podobnie jak inne dokumenty składane przez wykonawców i wytworzone przez zamawiającego, stanowią załączniki do protokołu z postępowania i podlegają udostępnieniu zgodnie z

regułami określonymi przez Pzp i akty wykonawcze do ustawy.

Dokument wyjaśnień nie będzie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyjaśnienia Wykonawcy będą traktowane jak niezłożone, ale nie oznacza to, że fizycznie sam przestanie funkcjonować w postępowaniu. Odwołujący zdaje się utożsamiać ocenę merytoryczną treści dokumentu z samym tylko faktem jego złożenia Zamawiającemu, co w ocenie składu orzekającego Izby, nie jest uprawnione. Odwołujący nie pogłębił argumentacji, zgodnie z którą uważa, że pismo o treści bezprzedmiotowej dla postępowania, nie mieści się w ramach dokumentacji postępowania.

Wykonanie orzeczenia KIO 3088/22 nie było ukierunkowane na „zniszczenie" dokumentu ale ma na celu uwolnienie Odwołującego od konsekwencji złożonych w wyjaśnieniach oświadczeń. Gdy sąd wyższej instancji uzna rację Odwołującego, będzie uwolniony on od obowiązku i konsekwencji wykonania wezwania Zamawiającego. Tymczasem w przedmiotowej sprawie odwoławczej Odwołujący chciałby zapobiec możliwości udostępnienia dokumentu wyjaśnień generalnie, na przyszłość, niezależnie od braku oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego. Jeżeli taki był cel i zamysł Odwołującego, w ocenie składu orzekającego należało zakwestionować ocenę skuteczności zastrzeżenia informacji poczynioną przez Zamawiającego. Istotne jest bowiem, że w sprawie KIO 3088/22 Izba w żaden sposób nie odnosiła się do skuteczności i prawidłowości zastrzeżenia informacji stanowiących wyjaśnienia jako tajemnica przedsiębiorstwa. Badania więc tego aspektu przez Zamawiającego nie sposób uznać za niezgodne z rozstrzygnięciem Izby.

Izba uważa również, że Zamawiający w oczekiwaniu na rozstrzygnięcie sądu wyższej instancji, nie jest pozbawiony możliwości wykonywania innych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, za wyjątkiem podpisania umowy. Wyrokiem KIO 3088/22 Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie określonej czynności odnoszącej się do wezwania do wyjaśnień. Z racji złożenia na powyższe rozstrzygnięcie skargi przez Zamawiającego, orzeczenie Izby nie ma charakteru prawomocnego. Skoro więc wyjaśnienia złożono, zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa, możliwa jest ocena, czy zastrzeżenie jest skuteczne. Słusznie podkreśla w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że „Procedura odtajnienia nie wiąże się natomiast w żaden sposób z badaniem wyjaśnień Odwołującego". Dlatego też w ocenie Izby działań podjętych przez Zamawiającego po wydaniu wyroku KIO 3088/22 nie można uznać za niezgodne z ustawą Pzp, czy też niezgodnych z treścią rozstrzygnięcia Izby. Jedyną czynnością, które nie może wykonać zamawiający po wydaniu orzeczenia przez Izbę, jest zawarcie umowy. Jak już zaznaczono w niniejszym uzasadnieniu, takiej czynności Zamawiający nie dokonał.

Izba podziela oraz przyjmuje za własne stanowisko i argumentację, przedstawioną przez Przystępującego w piśmie procesowym odnośnie do charakteru orzeczeń Izby, ich skuteczności, prawomocności i wykonalności.

Izba podziela także pogląd, z którego wynika, że art. 16 ustawy Pzp nie może stanowić samodzielnej podstawy zarzutów odwołania. Przepis ten odnosi się do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie, przepis dotyczący zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawsze winien odnosić się do czynności lub zaniechań wynikających z ustawy (tak wyrok KIO z 18 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2816/10, Legalis). Wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej jest tym samym zobligowany do uściślenia naruszenia konkretnej zasady poprzez powiązanie jej z konkretnym przepisem ustawy.

Reasumując, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: