

Sygn. akt: KIO 2896/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia Naprzód Catering Sp. z o.o. Łódź w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Warszawskie Centrum Opieki Medycznej "KOPERNIK" Sp. z o.o. Warszawa, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

Dussmann Polska Sp. z o.o. Warszawa

orzeka:

1. Umarza odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia i udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Dussmann Polska sp. z o.o. Warszawa;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Dussmann Polska sp. z o.o. Warszawa i nakazuje zamawiającemu: unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; odtajnić i udostępnić odwołującemu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Dussmann Polska sp. z o.o. Warszawa; dokonać ponownej czynności badania i oceny ofert;
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zamawiającego po połowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego koszty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz koszty odwołującego 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i 88 zł 40 gr (słownie: osiemdziesiąt osiem złotych czterdzieści groszy) dojazdu na posiedzenie;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 552 zł 70 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset pięćdziesiąt dwa złote i siedemdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Warszawskie Centrum Opieki Medycznej „KOPERNIK” Sp. z o. o. Warszawa (ul. Mikołaja Kopernika 43, 00-328 Warszawa, KRS: 0001004272) (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej progów unijnych pn. „Usługa żywienia zbiorowego pacjentów Warszawskiego Centrum Opieki Medycznej „KOPERNIK” Sp. z o. o” ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 21 maja 2024 roku pod numerem: 296365-2024, numer referencyjny: WCOM.KZ.270.4.2024; (dalej Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: SWZ).

W dniu 12 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia Naprzód Catering sp. z o.o. Łódź (ul. Traktorowa 126 lok. 301 , 91-204 Łódź KRS: 0000601008) (dalej Odwołujący).

Po udostępnieniu w dniu 14 sierpnia 2024 r. przez Zamawiającego kopii odwołania w dniu 19 sierpnia 2024 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia Dussmann Polska Sp. z o.o. Warszawa (ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa, KRS: 0000036200), którego

oferta została oceniona jako najkorzystniejsza spośród złożonych ofert i została wybrana przez Zamawiającego (dalej Przystępujący). Izba wobec zgłoszenia przystąpienia w terminie i wykazania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała przystąpienia za skuteczne.

Odwolujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie podjęcia czynności w Postępowaniu oraz niezgodną z przepisami Ustawy czynność Zamawiającego, tj.

1. zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
2. zaniechanie przesłania przez Zamawiającego Odwołującemu zastrzeżenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny ofertowej wraz z uzasadnieniem złożonych przez Przystępującego oraz zaniechanie odtajnienia tych wyjaśnień i w konsekwencji;
3. wybór oferty Przystępującego najkorzystniejszej.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy złożony wraz ofertą dokument „Formularz asortymentowy Opis przedmiotu zamówienia” stanowiący załącznik nr 2a do

SWZ jest nieaktualny, z uwagi na modyfikacje SWZ, co skutkuje, iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia;

2. art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 poz. 1233 dalej UZNK) poprzez zaniechanie przesłania przez Zamawiającego Odwołującemu zastrzeżenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny ofertowej złożonych przez Przystępującego wraz z uzasadnieniem oraz zaniechanie odtajnienia tych wyjaśnień pomimo tego, że:
 - a. nie wynika aby wybrany wykonawca wykazał (udowodnił), że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
 - b. Zamawiający nie potwierdził wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK;
3. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. art. 17 ust. 2 Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: 1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2. odrzucenia oferty Przystępującego; 3. ewentualnie w razie nieuwzględnienia żądania z pkt nr 2 udostępnienie zastrzeżenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny ofertowej wraz z uzasadnieniem względnie wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu; 4. dokonanie ponownie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający pismem z dnia 4 września 2024. wnosił o: 1. odrzucenie odwołania, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony przywołując niecisłości w oznaczeniu podmiotu w ofercie tj, że 1) w nagłówku oferty wskazano Catermed Sp. z o.o. Łódź, 2. w treści pisma wskazano, że osoba podpisująca ofertę działa w imieniu Naprzód Catering sp. z o.o. Łódź, 3. w załączniku nr 9 do oferty - INFORMACJA DOTYCZĄCA DOSTĘPU DO PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH: składający ofertę wskazał na podmiotowe środki dowodowe, które można uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, oraz dane umożliwiające dostęp do tych środków wskazując KRS Catermed sp. z o.o. Łódź; lub 2. lub ewentualnie oddalenie odwołanie.

Zamawiający dodatkowo wskazywał również, że w dniu 16 sierpnia 2024 r. wysłał do wykonawców pismo, informujące, że dokonuje odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa znajdujących się na stronach od 8 do strony 14 w złożonych wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny i że informacje te będą podlegały udostępnieniu po upływie terminu na wniesienie odwołania od czynności odtajnienia, tj. zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 po upływie 10 dni od przekazania pisma. W związku z upływem terminu Zamawiający przekazał Odwołującemu 27 sierpnia 2024 r. uzasadnienie

zastrzeżenia tajemnicy wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Powyższe okoliczności nie były sporne pomiędzy stronami.

Odwolujący popierał odwołanie.

Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Strony powoływały się na dokumenty postępowania, w szczególności SWZ, ofertę Przystępującego, wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do wyjaśnień.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw odrzucenia odwołania. W tym także w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Tutaj w ocenie Izby wykonawcą składającym ofertę i odwołanie jest podmiot tożsamy tj. Odwołujący.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności i zaniechania Zamawiającego.

Izba w zakresie zarzutu dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy w odniesieniu do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy wyjaśnił rażąco niskiej ceny Przystępującego ustaliła, że Zamawiający udostępnił wykonawcom uzasadnienie. Tym samym w odniesieniu do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsięwzięcia wyjaśnił rażąco niskiej ceny utracił byt substrat zaskarżenia. Izba uznała, że okoliczności zaistniałe po wniesieniu odwołania doprowadziły do bezprzedmiotowości postępowania odwoławczego w zakresie żądania odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy - zarzut odwołania utracił tutaj swoją aktualność. Tym samym w dacie zamknięcia rozprawy i wydania orzeczenia prowadzenie postępowania odwoławczego było zbędne i bezprzedmiotowe. W tej sytuacji zastosowanie znajduje norma art. 568 pkt. 2) Ustawy.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 568 pkt 2 Ustawy, w którym wskazana została dodatkowa podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, należało uznać, iż opisany stan faktyczny w zakresie dokonanych przez Zamawiającego czynności w ramach Postępowania wypełnia przesłankę innej przyczyny, niż spowodowana oświadczeniem odwołującego o wycofaniu odwołania w całości lub oświadczeniem zamawiającego o uwzględnieniu odwołania (również w części), prowadzącej do zbędności postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia Izba ze względu na niewykazanie zaistnienia naruszeń Ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia oddaliła odwołanie.

W zakresie zarzutu niezgodnych z Ustawą czynności Zamawiającego odmowy ujawnienia i przesłania Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny i utajnienia ich w oparciu o zastrzeżenie tajemnicy dokonane przez Przystępującego Izba uznała odwołanie za uzasadnione i w tym zakresie je uwzględniła.

Izba w oparciu o dokumenty postępowania (w szczególności SWZ, pytania i wyjaśnienia do SWZ, oferty wykonawców, wezwania Zamawiającego kierowane do Przystępującego wraz z odpowiedziami, w tym w szczególności wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz udzielona odpowiedź) ustaliła, że:

1. W dniu 21 maja 2024 r. roku Zamawiający wszczął Postępowanie;
2. Zgodnie z rozdziałem XII SWZ:

10. Ofertę składa się na Formularzu ofertowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do SWZ. Musi ona zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

1.	wypełniony Formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ (odpowiednio do części, w której Wykonawca składa swoją ofertę);
2.	Formularz asortymentowy Opis przedmiotu zamówienia stanowiący Załącznik nr 2a do SWZ
2.	wypełniony Formularz cenowy stanowiący Załącznik nr 2b do SWZ
3.	wypełnione oświadczenia wymienione w rozdziale VII pkt 1.1. SWZ;
4.	odpis lub informację z Krajowego Rejestru Sądowego / Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej lub innego właściwego rejestru, w celu potwierdzenia, że osoba działająca w imieniu wykonawcy jest umocowana do jego reprezentowania;
5.	pełnomocnictwa - jeżeli w imieniu wykonawcy działa osoba, której umocowanie do jego reprezentowania nie wynika z dokumentów, o których mowa w pkt. 3 (jeżeli dotyczy);

5. Wykonawcy składali zapytania co do przedmiotu zamówienia, w których wyniku Załącznik nr 2a został zmodyfikowany przez Zamawiającego w drodze udzielanych odpowiedzi poprzez wskazanie nowego brzmienia niektórych postanowień; Zamawiający nie opracował tekstu jednolitego Załącznika nr 2a;
6. Zamawiający w SWZ wymagał wypełnienia i podpisania formularza oferty, formularza cenowego, oświadczeń wymienionych w rozdziale VII pkt. 1.1. SWZ; Zamawiający nie wymagał ani treść Załącznika nr 2a nie wskazuje na obowiązek uzupełnienia ani podpisania go przez wykonawców (powyższe potwierdzają również stanowiska Zamawiającego i Przystępującego); SWZ nie wprowadzał uprawnienia ani obowiązku aktualizacji treści Załącznika nr 2a przez wykonawców na wypadek jego zmiany w drodze pytań i wyjaśnień do SWZ;
7. Wykonawcy nie żądali wyjaśnień treści SWZ, co do zakresu składanych z ofertą załączników;
8. Składając ofertę wykonawcy potwierdzali, że: „Składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SWZ”; „Oświadczamy, że zaoferowany w ofercie przedmiot zamówienia jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia przez co spełnia wymagania zawarte w SWZ.”;
9. Treść pkt 10 rozdziału XII SWZ ma kształt standardowy i stosowana jest, co do zasady przez Zamawiającego przy zamówieniach dzielonych na części w treści ofert, gdzie oczekuje się zaznaczenia części, co do której składana jest oferta, co nie ma miejsca w Postępowaniu. Pomimo, że zamówienie nie było podzielone na części, postanowienie o składaniu oferty na wzorze oferty wypełnionej w części, w której wykonawca tę ofertę składa, zostało umieszczone w SWZ (co Izba ustaliła dając wiarę stanowisku Zamawiającego, niesprzecznym z treścią dokumentów postępowania i zachowaniem Zamawiającego oraz logicznym i znajdującym uzasadnienie w

doświadczeniu życiowym a nadto nie kwestionowanym przez pozostałe strony i uczestnika);

10. W Postępowaniu oferty złożyły dwa podmioty - Odwołujący oraz Przystępujący

11. Przystępujący z ofertą nie przedłożył Załącznika nr 2a;

12. Przystępujący w dniu 19 lipca 2024 r. złożył Zamawiającemu oświadczenie, że „usługę żywienia zbiorowego pacjentów Warszawskiego Centrum Opieki Medycznej „KOPERNIK” Sp. z o.o. będzie realizować zgodnie z zapisami Formularza asortymentowego Opis przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 2a do SWZ.” oraz, że zgodnie z punktem XII.10.2 SWZ załącza przedmiotowy Formularz asortymentowy Opis przedmiotu zamówienia

13. W dniu 2 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Zarzut niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia sprowadzał się do stwierdzenia, że uzupełnienie oferty o Załącznik nr 2a dokonane przez Przystępującego było niezgodne z Ustawą (Ustawa nie przewiduje uzupełnień w tym zakresie) a nadto uzupełniony załącznik nie był zaktualizowany o wprowadzone w drodze wyjaśnień do SWZ zmiany.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny, a to ze względu na przewidziany w art. 223 ust. 2 Pzp obowiązek zamawiającego polegający na poprawieniu w ofercie omyłek także tych polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność powinna dotyczyć sfery merytorycznej

zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia, dotyczącymi zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy.

W świetle art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający uprawniony jest do odrzucenia oferty, wyłącznie jeżeli możliwe jest uchwycenie określonej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy lub jego określonym oświadczeniem / informacją a warunkami zamówienia, które zostały skonkretyzowane, skwantyfikowane i jednoznacznie ustalone przez zamawiającego lub wynikają z przepisu prawa, który zgodnie z wolą zamawiającego lub z mocy prawa stosuje się do wykonawcy. Dla odrzucenia oferty niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie niezgodności treści oferty lub oświadczenia / informacji przedstawionej przez wykonawcę z określonymi warunkami zamówienia lub przepisem, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Zgodnie bowiem z art. 223 ust. 1 w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Norma art. 107 ust. 1 i 4 przewiduje zaś, że Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą i zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Powyższe normy odczytywane powinny być więc jako nakładające na zamawiającego obowiązek wezwania do wyjaśnień w sytuacji, gdy treść oferty rodzi wątpliwości takiego rodzaju, których pozostawienie może zrodzić konsekwencję w postaci odrzucenia oferty.

W niniejszej sprawie Zamawiający nie miał wątpliwości, co do treści oferty jako obejmującej pełny zakres zamówienia zgodny z treścią zmienionego w toku Postępowania SWZ (opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 2a do SWZ). Odwołujący nie wykazał by doszło do jakiegokolwiek negocjacji treści oferty z Przystępującym, ani by w następstwie złożenia oświadczenia wraz z załącznikiem 2a do SWZ oferta uległa zmianie. Złożenie oświadczenia i załącznika nr 2a nie miało wpływu na treść oferty, w której wykonawca już pierwotnie oświadczył, że jego wolą jest realizacja zamówienia zgodnie z SWZ, w tym także aktualnym opisem przedmiotu zamówienia. Izba wskazuje, że w niniejszej sprawie wymagany Załącznik nr 2a stanowił wyłącznie część SWZ. Przystępujący przedłożył Zamawiającemu całość dokumentów określających i kształtujących treść oferty a co za tym idzie oferowany Zamawiającemu przedmiot zamówienia zgodny z SWZ. Załącznik

2a do SWZ nie stanowił treści oferty w tym znaczeniu, że nie kształtował treści oświadczenia woli wykonawcy, co było zgodne zarówno z oczekiwaniami Zamawiającego jak i wolą wykonawcy wyrażoną bezpośrednio z ofercie. Załącznik składał się na część warunków postępowania – określał przedmiot zamówienia. W ocenie Izby nie załączenie załącznika 2a – stanowiącego opis przedmiotu zamówienia pozostawało bez wpływu na treść oferty i kształt zobowiązania wykonawcy i miało charakter uchybienia formalnego a fakt jego załączenia lub nie był irrelevantny dla ustalenia treści oferty, co czyni także niezasadnym twierdzenia o sprzeczności z Ustawą wyborem oferty Przystępującego, wobec niezłożenia opisu przedmiotu zamówienia wraz z ofertą, braku podstaw wzywania do uzupełnienia oferty o opis przedmiotu zamówienia czy niezasadności późniejszego złożenia tego dokumentu przez Przystępującego.

Stąd Izba uznała zarzut za niewykazany, niezasadny i oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

Dalej Izba ustaliła, że:

14. W dniu 21 czerwca 2024 r. Zamawiający w związku z tym, że oferta Przystępującego zawiera cenę 1 059 699,02 zł brutto a więc ponad 30% niższą od szacowanej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, która została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1 586 365,77 zł brutto, zwrócił się do Przystępującego z żądaniem wyjaśnień czy oferta złożona ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający oczekiwał udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, przywołując przykładowe okoliczności mogące mieć wpływ na cenę określone norma art. 224 Ustawy;

15. Przystępujący w terminie w dniu 1 lipca 2024 r. udzielił wyjaśnień rażąco niskiej ceny zastrzegając jednocześnie ich tajemnicę. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego sprowadzało się do: przytoczenia szerokich definicji przesłanek uznania informacji za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK; oświadczenia, że informacje zawarte w wyjaśnieniach spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa z UZNK wraz z przytoczeniem orzeczeń wydawanych w innych w sprawach oraz ogólnym opisem rodzaju danych i ich zakresu z wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ocenę, że dane zawarte w wyjaśnieniach są danymi analogicznymi do tych, jakie skutecznie objęte zostały tajemnicą w innych postępowaniach, w których Izba wydawała orzeczenia; na poparcie twierdzeń o podjęciu kroków zmierzających do zachowania danych w poufności Przystępujący załączył politykę bezpieczeństwa (ustanawiającą środki ochrony nośników danych) i wskazał, że w przygotowanie oferty zaangażowane były wyłącznie osoby

na „najwyższym szczeblu hierarchii” i wykonawcę wiąże umowa o poufności.

Zarzut sprowadzał się do wskazania, że Zamawiający dokonał bezpodstawnego zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny gdyż wybrany wykonawca nie wykazał (nie udowodnił), że wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i Zamawiający nie potwierdził wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. Odwołujący podnosił w odwołaniu również m.in., że: „Kalkulacja ceny ofertowej w tym konkretnym postępowaniu nie jest dokumentem ilustrującym autorski model wykonania usługi, w tym strategii cenowej, ale stanowi odzwierciedlenie wykonania usługi wymaganej i opisanej w dokumentacji postępowania (...), „kalkulacje sporządzone przez wybranego wykonawcę na potrzeby niniejszego postępowania nie zawierają kompleksowych informacji o zakresie, sposobie i modelu jego działalności w pełnym jego spektrum. Zamówienie to zostanie zrealizowane w sposób narzucony przez zamawiającego a nie w oparciu o autorki pomysł wybranego wykonawcy. Dane zawarte w ww. kalkulacjach nie są poufnymi rozwiązaniami technologicznymi lub autorskimi koncepcjami wykonania usługi, przejawianymi strategii cenowych skoro rozwiązania te ze względu na obowiązujące przepisy o minimalnym wynagrodzeniu oraz treść SWZ są jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie i zostały narzucone w SWZ. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny w postępowaniu nie świadczą o szczególnej wiedzy wymagającej ochrony w szczególności, gdy wymagania co do sposobu zatrudnienia oraz sposobu realizacji usługi zostały określone w treści SWZ.” Zarzut postawiony został w ciemno bez zapoznania się z treścią zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 18 Pzp: 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK 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.

Zgodnie z art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. W art. 18 ust. 3 Pzp ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”, czyli udowodnił, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. Powyższa zasada wykazania przesłanek nie doznaje ograniczenia w świetle art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i znajduje potwierdzenie w rozstrzygnięciu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) z dnia 17 listopada 2022r., o sygn. akt C-54-21 (Antea Polska), które jedynie wskazało na możliwość zastrzegania tajemnicy nie tylko w stosunku do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK, lecz również innych które mogłyby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym wykonawcy. Tutaj jednak powstaje potrzeba wykazania możliwości naruszenia interesów handlowych wykonawcy i możliwości zakłócenia konkurencji w wyniku ujawnienia zastrzeżonej informacji, co jednak nie było

przedmiotem oświadczenia o zastrzeżeniu i odwołania a uzasadnienie zastrzeżenia nie wykazało także tej przesłanki.

W ocenie Izby Przystępujący nie sprostął obowiązkowi wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji w świetle UZNK. Izba podzieliła w zakresie oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy stanowisko Odwołującego, postawione w ciemno, lecz odmawiające uznania ich za wystarczające. Izba uznała, że w oświadczeniu o zastrzeżeniu nie wykazano przesłanek zastrzeżenia tajemnicy UZNK. W ocenie Izby, Przystępujący nie wykazał i uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie pozwala na stwierdzenie, że informacje objęte zastrzeżeniem są takiego charakteru, że powodowały lub mogły spowodować zakłócenia konkurencji, dawały przewagę wykonawcom, w tym także by pozwalały na określenie i przewidzenie sposobu ustalania cen lub innych wskaźników w przyszłych postępowaniach lub dały przewagę w niniejszym. W ocenie Izby treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oświadczeniu jest ogólnikowa i uniwersalna, w tym znaczeniu, że mogłaby w zasadzie być wykorzystana w treści dowolnego uzasadnienia

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez dowolnego innego wykonawcę w każdym postępowaniu. Uzasadnienie zawiera wyłącznie deklaracje o posiadaniu przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej, wpływie na zakłócenie konkurencji lub wartości handlowej, bez doprecyzowania na czym ona polega w świetle treści konkretnych dokumentów i zastrzeganych informacji i bez wykazania choćby tego, na czym miały polegać strata grożąca wykonawcy w razie ujawnienia tych informacji czy też zakłócenie konkurencji. Same deklaracje czy oświadczenia, nie stanowią „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp. Ogólnikowość zastrzeżenia tajemnicy nie pozwala na ustalenie, w jaki sposób ujawnienie tych danych dałoby przewagę konkurencji lub naruszyło konkurencyjność w Postępowaniu lub na rynku innym wykonawcom. Izba uznała również, że brak jest szczegółowego opisu przyjętych procedur zabezpieczających przed ujawnieniem informacji poufnych i zabrakło tutaj elementu wykazania zastosowania i wdrożenia tychże w odniesieniu do konkretnych zastrzeganych informacji objętych zastrzeżeniem i skonkretyzowanych mających dostęp do zastrzeganych informacji osób. Sam fakt, że jakiś podmiot (nie wskazany nawet w zastrzeżeniu), od którego zastrzegane dokumenty pochodzą zastrzegł ich poufność nie jest równoznaczny z ich zastrzeżeniem i wdrożeniem procedur u wykonawcy. Oświadczenie o zastrzeżeniu nie wskazuje i nie wykazuje również, że obowiązkiem zachowania tajemnicy obciążono wszystkie osoby zaangażowane w przygotowanie oferty ani tym bardziej, że obowiązywało także wszystkie osoby mające dostęp do wszystkich informacji, które zastrzeżone zostały przez wykonawcę.

Biorąc zatem pod uwagę zarówno przepisy UZNK, Pzp oraz dyrektywy klasycznej Izba stwierdziła, że wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, ani, że ujawnienie tych informacji mogło realnie zakłócić konkurencję i wpłynąć na warunki prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Natomiast nieujawnienie tych informacji może zamknąć innym wykonawcom drogę do wiedzy, która pozwolić może na ocenę składanej przez wykonawcę oferty, co stanowi naruszenie art. 16 Pzp i przesądza o niezgodności decyzji Zamawiającego w tym zakresie z Pzp.

Izba stwierdza, że treść zarzutu w zestawieniu z ogólnikowością treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i brakiem dowodów wystarczających dla wykazania przesłanek UZNK była podstawą uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

Stąd Izba uwzględniła zarzut ten odwołania i nakazała unieważnienie decyzji wyboru oferty najkorzystniejszej i odtajnienie zastrzeżonych informacji.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8)

zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie w zakresie oddalonym odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem, w tym również w zakresie następstw zaniechania przekazania ogłoszenia – istotności wpływu zaniechania na wynik postępowania. Nie wskazano ani nie wykazano przesłanek unieważnienia umowy.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, mając na uwadze, że jeden zarzut został oddalony i jeden uwzględniony na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :