

WYROK

Warszawa, dnia 9 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 listopada 2024 przez TRONUS POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez „Uzdrowisko Kołobrzeg” Spółka Akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - „Uzdrowisko Kołobrzeg” Spółka Akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu - unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w toku ponownego badania i oceny ofert, uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsięwzięcia dokonane przez wykonawcę SZWED MEBLE S. J. z siedzibą w Sieradzu w zakresie całości wyjaśnień wraz załącznikami złożonych zamawiającemu w zakresie zaoferowanej cen, z wyłączeniem informacji o nazwach kontrahentów wykonawcy Szwed Meble s.j., w konsekwencji udostępnienie odwołującemu treści odtajnionych.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża „Uzdrowisko Kołobrzeg” S.A. z siedzibą w Kołobrzegu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez TRONUS POLSKA sp. z o.o. z/s w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od „Uzdrowisko Kołobrzeg” S.A. z siedzibą w Kołobrzegu na rzecz TRONUS POLSKA sp. z o.o. z/s w Warszawie kwotę 11 222 zł (słownie: jedenaście tysięcy dwieście dwadzieścia dwa) tytułem zwrotu poniesionych przez tego wykonawcę kosztów postępowania w zakresie wpisu od odwołania (7 500 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę (122 zł).

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:.....

Sygn. akt: KIO 4290/24

Uzasadnienie

Zamawiający: „Uzdrowisko Kołobrzeg” SA z/s w Kołobrzegu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania, którego przedmiotem jest: „dostawa materacy do obiektów S.U. MEWA, S.U. MUSZELKA, S.U. PERŁA BAŁTYK” w ramach postępowania DPZ.271.39.2024, o wartości poniżej kwot określonych w art. 3 ust. 1 ustawy pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych 18.10.2024 r., nr: 2024/BZP 00552758.

Odwołujący: TRONUS POLSKA sp. z o.o. w Warszawie wniósł 18.11.2024 odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy pzp, zarzucając naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1) art. 18 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu kompletnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy SZWED MEBLE S. J. z siedzibą w Sieradzu (dalej: Szwed) wraz z załącznikami;

2) art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp – przez zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy Szwed, pomimo, iż oferta ta podlegała odrzuceniu z postępowania ze względu na to, że wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także pomimo iż wykonawca ten nie dowiódł tego, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

3) art. 239 ust. 1 ustawy pzp – przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Szwed, pomimo iż oferta tego Wykonawcy powinna być odrzucona.

Z uwagi na powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

„Uzdrowisko Kołobrzeg” Spółka Akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) ponownego dokonania badania i oceny ofert,
- 3) uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez wykonawcę Szwed w zakresie wyjaśnień złożonych w trybie art. 224 ustawy pzp z załącznikami,
- 4) udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Szwed w trybie art. 224 ustawy pzp wraz z załącznikami,
- 5) odrzucenia oferty Szwed na podstawie art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp;
- 6) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
- 5) odrzucenia oferty Szwed na podstawie art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp;
- 6) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i potwierdzenia się zarzutów Odwołania, oferta złożona przez Odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W powyższym zakresie uwzględniony musi być fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu została złożona jeszcze jedna oferta, która zajmuje ostatnią pozycję.

UZASADNIENIE

1) Zarzut nr 1

Załączniki do protokołu postępowania inne niż oferty, Zamawiający jest zobowiązany udostępniać po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania (art. 74 ust. 2 pzp). Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w dniu 12.11.2024 r., natomiast przekazany do Odwołującego został w dniu 13.11.2024 r. Zamawiający w dniu 12.11.2024 r. w odpowiedzi na wniosek Odwołującego o udostępnienie wyjaśnień wykonawcy Szwed wskazał, że nie mogą one zostać udostępnione ze względu na fakt, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu zasadniczych wyjaśnień wykonawcy Szwed dotyczących zaoferowanej ceny jak również treści samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z faktu nieudostępnienia kompletnych wyjaśnień płynie jednak wniosek, że Zamawiający uznał to zastrzeżenie za zasadne, pomimo wadliwie dokonane przez Szwed zastrzeżenia.

Z tego powodu na podstawie art. 18 ust. 3 starej ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 znku Odwołujący wywodzi, że Zamawiający naruszył przepisy ww. ustaw przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie zakwestionował zastrzeżenia Szwed, czym naruszył ww. przepisy prawa i postanowienia SWZ.

Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Mimo tego Zamawiający zaniechał odtajnienia kompletnych wyjaśnień firmy Szwed, co stanowi naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z.n.k. Jest to istotne, gdyż powoduje naruszenie naczelných zasad zamówień publicznych, czyli zasad zachowania uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 pzp) oraz jawności (art. 18 ust. 1 pzp).

Powoduje to, że wykonawca Szwed nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegają ochronie. Nie wykazał więc, że zawarte w zastrzeżonych dokumentach informacje stanowią informacje, które mogą być objęte zastrzeżeniem w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z.n.k.. Szwed zaniechał także wykazania, że podjął niezbędne działania zmierzające do uskutecznienia tego zastrzeżenia w kontekście art. 18 ust. 3 ustawy pzp. To powinno skutkować odtajnieniem pełnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny i udostępnieniem ich m.in. Odwołującemu.

Powyższe nie pozwala na ustalenie, jakie informacje i w której części wyjaśnień lub załączników się znajdują, z których ma wynikać wartość gospodarcza pozwalająca na uznanie ich za potencjalną tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy pzp to po stronie wykonawcy zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą leży ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 ustawy z.n.k. Artykuł 18 ust. 3 ustawy pzp wprost wskazuje na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa – podmiotem tym jest wyłącznie wykonawca zastrzegający informacje, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych. Brak przedłożenia stosownego uzasadnienia

powoduje, że wykonawca Szwed nie wykazał, że w stosunku do wyjaśnień rażąco niskiej ceny spełnione zostały jakiegokolwiek przesłanki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny pozwoli na ich analizę i rzetelną ocenę, która w konsekwencji powinna prowadzić do odrzucenia oferty Szwed na podstawie art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp. Ujawnienie tych dokumentów pozwoli w szczególności skierowanie kolejnego odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, w którym w sposób bardziej szczegółowy zakwestionowana zostanie zaofferowana cena oraz prawidłowość kalkulacji cenowej przedstawionej przez tego Wykonawcę.

2) Zarzuty nr 2 i 3 (zarzuty bezprzedmiotowe wobec uwzględnienia zarzutu nr 1 – przypis KIO)

Konsekwencją wadliwej oceny wyjaśnień firmy Szwed i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy jest naruszenie przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy pzp. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna odrzucona, a przez to wyeliminowana z oceny. Naruszenie to ma istotny wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wskazując na znaczenie pośrednictwa handlowego w realizacji przedmiotu zamówienia. Uznał, że zostały wypełnione przez wykonawcę przesłanki formalne i materialne skutecznego użycia klauzuli poufności i ochrony dostępu do informacji, w szczególności dotyczących kontaktów handlowych w branży meblowej. Odnosząc się do zarzutów rażąco niskiej ceny wskazał na niewielką różnicę wysokości ceny oferty wybranej i trzeciego wykonawcy. Stwierdził także, że wartość przedmiotu zamówienia została przez niego przeszacowana wobec oparcia wyliczenia na cenach detalicznych dotyczących jednostkowych asortymentów, naturalnie wyższych od możliwych do pozyskania w przedmiotowym zamówieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia przedłożona przez zamawiającego i stanowiska przedstawione przez strony na rozprawie do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości. Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Wobec uwzględnienia w niniejszym wyroku zarzutu oznaczonego nr 1 tj. naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu kompletnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy SZWED MEBLE S. J. z siedzibą w Sieradzu wraz z załącznikami, rozpatrzenie zarzutów 2 oraz 3 stało się bezprzedmiotowe, jako że zarzuty te są zarzutami ewentualnymi podlegającym rozpatrzeniu jedynie w razie nieuwzględnienia zarzutu podstawowego.

W orzecznictwie SN przyjmuje się, iż żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (wyroki SN z 31.01.1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z 12.01.2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z 4.10.2012 r., I CSK 100/12, nie publ.). Podobnie SN w uchwale z 18.10.2013 r., III CZP 58/13 OSNC 2014, nr 6, poz. 62 stwierdzając, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego, oraz w wyroku z 26.01.1979 r., IV CR 403 w brzmieniu, iż zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie – mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu.

W konsekwencji izba nie dokonywała oceny wysokości ceny ofertowej wykonawcy Szwed Meble S.J. i rozstrzygania, czy oferta podlega odrzuceniu. Oczywiście jest także, że izba nie nakazuje dokonywać wyboru oferty konkretnego wykonawcy, co było ostatnim z żądań odwołującego.

Wyrok jest wynikiem jednoznacznego potwierdzenia zarzutu naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonej w art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy pzp w powiązaniu dotyczącymi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W szczególności należy podkreślić, że w piśmiennictwie niesporne jest, że treść uzasadnienia przez wykonawcę zastrzeżenia informacji jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być uznawana za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem brak jest podstaw do zastrzeżenia i uznania takiego zastrzeżenia za skuteczne w zakresie całej treści wyjaśnień składanych przez wykonawcę w trybie procedury unormowanej w art. 224 ustawy pzp. W sprawie niniejszej, w ocenie izby, lakoniczna treść uzasadnienia jest niewystarczająca. W ocenie izby na ochronę zasługują jednak nazwy kontrahentów wykonawcy, na współpracy z którymi, opiera on planowany sposób realizacji zamówienia. Kontakty takie wypracowane w toku prowadzenia działalności gospodarczej mogą stanowić o ewentualnej przewadze

konkurencyjnej podmiotu, zatem w tym zakresie skład orzekający uznał dopuszczalność skutecznego zastrzeżenia takich informacji.

W świetle ustalonego stanu faktycznego sprawy należy stwierdzić, że odwołania podlega uwzględnieniu.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego.

Przewodniczący:.....