Sygn. akt: KIO 2475/24

WYROK

Warszawa, dnia 1 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 lipca 2024 r. przez odwołującego: Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane Inspec sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. prof. dr Stanisława Popowskiego w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i 2 odwołania i nakazuje zamawiającemu:
   1.1 odtajnienie uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie,
   1.2 odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie wraz z załącznikami.
2. W pozostałym zakresie umarza postępowanie na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
   3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero 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 …….....

Sygn. akt: KIO 2475/24

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

Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. prof. dr Stanisława Popowskiego
w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) przetarg nieograniczony pn.: „Usługa inspektorów nadzoru dla zad. Utworzenie Centrum Leczenia Wad Twarzoczaszki, Mózgoczaszki i Chorób Rzadkich w WSSD im. prof. Stanisława Popowskiego w Olsztynie” (Numer referencyjny: ZU/227/SWZ-58/JP/2023), zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 maja 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, Dz.U. S: 92/2024 nr 278093-2024.

15 lipca 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane Inspec sp. z o.o.
z siedzibą w Olsztynie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: Uznk) przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całości uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez wykonawcę ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący), mimo że zgodnie z przepisami ustawy, jak i ugruntowanym orzecznictwem uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem służy ono weryfikacji prawidłowości wykazania przez Wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przekazywanych informacji,
2. art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych

w postępowaniu przez Przystępującego wraz z załącznikami, mimo że utajnienie dokonane przez Przystępującego było niezgodne z przepisami prawa, bowiem Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje wypełniały przesłanki objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa,

3. ewentualnie – w przypadku nierozpoznania lub nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1 i 2 powyżej - również art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez nieprawidłowe uznanie, że wyjaśnienia Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny uzasadniają podaną w ofercie cenę za wykonanie zamówienia, w sytuacji gdy należyte wykonanie zamówienia w kwocie zaoferowanej przez tego Wykonawcę nie jest możliwe, czego skutkiem było zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę,

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zbadania przez Zamawiającego spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych

w rozdziale V pkt. 1.4.1, 1.4.2, 1.4.3 oraz 1.4.4 SWZ, mimo że z wykazu usług, dowodów należytego wykonania usług oraz wykazu osób przedłożonych przez Przystępującego nie wynikało spełnianie warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert
i w ramach tej czynności:

1. zarzut nr 1 - odtajnienie uzasadnienia zastrzeżenia przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa i ujawnienie tego dokumentu Odwołującemu nie później niż w terminie 7 dni od dnia wydania wyroku,
2. zarzut nr 2 - odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego wraz z załącznikami i ujawnienie tych dokumentów Odwołującemu nie później niż w terminie 7 dni od dnia wydania wyroku,
3. zarzut nr 3 (zarzut ewentualny) – odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie

art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp,

4. zarzut nr 4 – wezwanie Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp

do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług, dowodów poświadczających należyte wykonanie zamówienia oraz wykazu osób, zaś w przypadku jeśli uzupełnione dokumenty nadal nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale V pkt. 1.4.1, 1.4.2, 1.4.3 oraz 1.4.4 SWZ – odrzucenie oferty tego Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 226

ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów nr 1 i 2 odwołania Odwołujący wskazał że sposób, w jaki Przystępujący dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień ceny swojej oferty był nieprawidłowy. Odwołujący wskazał ponadto, że błędne jest utajnienie uzasadnienia utajnienia informacji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 25 lipca 2024 r. wskazał, że 22 lipca 2024 r. dokonał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty. O tej decyzji Zamawiający powiadomił Strony postępowania odwoławczego za pośrednictwem wiadomości przesłanej przez platformę e-zamówienia wraz z publikacją zawiadomienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Zamawiający wskazał, że: „dokona ponownie czynność badania i oceny ofert, w tym rażąco niskiej ceny oraz skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę ZBM S.A., które dotyczą rażąco niskiej ceny".

W konsekwencji Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego, ewentualnie w przypadku braku decyzji umorzenia, o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Wobec decyzji Zamawiającego o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty Izba uznała, że w odniesieniu do zarzutów 3 i 4 odwołania wypełniły się przesłanki określone w art. 568
pkt 2 Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne

lub niedopuszczalne.
Wobec unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu rozstrzyganie co do zarzutów nr 3 i 4 stało się niecelowe – czynność będąca podstawą ich wniesienia została unieważniona.
W zakresie zarzutów nr 1 i 2 Izba uznała, że – wobec nieuwzględnienia odwołania w tym zakresie – nie ma podstaw do umorzenia postępowania. Wątpliwości nie budziło, że między stronami aktualny jest spór, który stał się podstawą ww. zarzutów. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie wpłynęło do czasu wydania wyroku przez Izbę na ocenę Zamawiającego sposobu zastrzeżenia przez Przystępującego informacji w postępowaniu. Deklaracja Zamawiającego o woli ponownej oceny tej kwestii nie stała na przeszkodzie rozpoznania zarzutów odwołania. Zamawiający nie wykazał, by do czasu rozstrzygnięcia podjął jakiekolwiek realne działania w przedmiotowym zakresie. Do czasu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający nie dokonał też żadnej, sformalizowanej czynności w zakresie oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego, która zostałaby unieważniona razem z wyborem oferty. W konsekwencji Izba uznała,
że zarzuty nr 1 i 2 nadają się do rozpoznania na rozprawie i merytorycznego rozstrzygnięcia.
Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie
w ww. zakresie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.
Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego oraz samych zastrzeżonych dokumentów złożonych w ramach tych wyjaśnień.

Izba nie znalazła podstaw do odmowy przeprowadzenia któregokolwiek z wnioskowanych dowodów z dokumentów.
Izba ustaliła, co następuje:
14 czerwca 2024 r. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia ceny swojej oferty. Zastrzeżeniem objęta została również sama część uzasadnienia tego zastrzeżenia.
Po przeprowadzeniu dowodu z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przez Przystępującego Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał spełnienia przesłanek umożliwiających zastosowanie wyjątku od zasady jawności postępowania wobec dokumentów, które chciał
on pozostawić jako niejawne.
Ponadto, istotne znaczenie w sprawie miał dowód złożony w toku posiedzenia z udziałem stron przez samego Zamawiającego: pismo z 23 lipca 2024 r. skierowane przez Zamawiającego
do Przystępującego, zatytułowane „Wezwanie do wyrażenia zgody na ujawnienie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny". W piśmie tym Zamawiający wskazał m. in.:
„W dniu 15-07-2024 r. Wykonawca PUB INSPEC (z siedzibą ul. Maja, 10-118 Olsztyn) wniósł do KIO odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zarzucając Zamawiającemu m.in. naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy PZP w związku z naruszeniem przepisów z art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji — poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całości uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa o którym mowa powyżej. Zdaniem Zamawiającego, argumentacja zawarta w odwołaniu wniesionym przez PUB INSPEC do KIO w pewnych kwestiach jest w pełni zasadna. Biorąc to pod uwagę należy stwierdzić,
iż Wykonawca ZBM S.A dowolnie i sposób nieuprawniony zastrzegł informacje, które nie kwalifikują się do objęcia ich tajemnicą jak np.: wykaz mebli, urządzeń biurowych, umowy
na usługi połączeń telefonicznych, umowy na usługi serwisowe i najmu sprzętu lub zlecenie naprawy drukarek, a także referencje i potwierdzenia należytego wykonania usług, które potem Wykonawca złożył jako jawne, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1.
Ponieważ Zamawiający w dniu 22 lipca 2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 3 lipca 2024r, badanie i ocena ofert prowadzone są ponownie.
W tym celu Zamawiający wzywa Wykonawcę do pozbawienia w całości udzielonych w dniu 14-06-2024 r. wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny klauzuli - zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa lub sporządzenia tych wyjaśnień w taki sposób, by było wykazane w nich,
że informacja w swej istocie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa" (podkreślenia Izby).
Biorąc pod uwagę powyższe nie ulega wątpliwości, że sam Zamawiający miał świadomość, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego było nieprawidłowe i dał temu wyraz w reakcji na wniesione odwołanie. Zamawiający poprzestał przy tym na deklaracji podjęcia określonych czynności zgodnych z ostatnim akapitem zacytowanego pisma z 23 lipca 2024 r., nie złożył żadnych dowodów, stąd Izba nie była w stanie ustalić jaki jest obecny stan postępowania. Nie miało to istotnego znaczenia wobec uznania, że zarzuty nr 1 i 2 odwołania w sposób oczywisty zasługują na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy
na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący …….....