Sygn. akt: KIO 610/24

WYROK

Warszawa, dnia 18 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2024 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biomaster A.M. z siedzibą w Zielonej Górze oraz Corol spółkę z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Kobylnicy,
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Kotla,
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Sweco Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Sweco Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu z 16 lutego 2024 r. w zakresie części II zamówienia, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym uznanie za nieskutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa i udostępnienie niejawnej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 5 stycznia 2024 r. w taki sposób, że: pismo z 5 stycznia 2024 r., tj. plik o nazwie *„Sweco_Wyjaśnienia RNC z Tajemnica Przedsiębiorstwa_Kotla-sig.pdf”* - nakazuje udostępnić w całości; załącznik nr 1 do ww. pisma, tj. plik o nazwie *„TAJEMNICA PRZEDSIĘBORSTWA_Załącznik nr 1 _Sweko kalkulacja _Kotla-sig.pdf”* - nakazuje udostępnić w całości; załączniki nr 2a, 2b, i 2c do ww. pisma, tj. opinie bankowe z 7.12.2023, 15.06.2023, 7.03.2023 – nakazuje udostępnić z tym zastrzeżeniem, że w załącznikach tych jako skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa podlegają wyrażone w PLN lun EUR informacje o wysokości środków finansowych posiadanych przez Sweco Polska sp. z o.o.
2. kosztami postępowania obciąża Przystępującego i Zamawiającego każdego po połowie i:
2.1. 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 kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego i Przystępującego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.
2.2. zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez: Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania. Koszty z tytułu zastępstwa przed Izbą znosi wzajemnie między Odwołującym a Przystępującym. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą połowę sumy kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa przed Izbą.

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.

Przewodnicząca:…….

Sygn. akt: KIO 610/24

Uzasadnienie

Gmina Kotla, (dalej: *„Zamawiający”*) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowalnych oraz pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn. *„BUDOWA I MODERNIZACJA INFRASTRUKTURY WODNOKANALIZACYJNEJ POD STREFĘ PRZEMYSŁOWĄ NA TERENIE GMIN GŁOGÓW I KOTLA”* Część II Część 2 – Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn. *„Budowa i modernizacja infrastruktury wodno-kanalizacyjnej pod strefę przemysłową na terenie gmin Głogów i Kotla”*, nr postępowania: ZP.271.13.2023.MF.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 30 sierpnia 2024 r., nr 2023/S 166-523600.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biomaster A.M. z siedzibą w Zielonej Górze oraz Corol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kobylnicy, (dalej: *„Odwołujący”*) 25 lutego 2024 r., złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec nieprawidłowej oceny w zakresie skuteczności zastrzeżenia złożonych przez wykonawcę Sweco Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022, poz. 1233) w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia w całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Sweco Polska sp. z o.o.tj. wraz ze wszystkimi załącznikami, co skutkuje naruszeniem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Odwołujący został pozbawiony możliwości kwestionowania nieznanych mu informacji.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wskazał, że brak możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny pozbawia Odwołującego możliwości oceny tych wyjaśnień i złożenia ewentualnego odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podał, że oferta Odwołującego jest na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert uzyskując 88,98%.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej: *„Przystępujący”*).

W złożonej pismem z 8 marca 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 522 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp oraz zgodnie z żądaniem Odwołującego, wyrażonym w odwołaniu:

1) unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) dokona odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, z tym zastrzeżeniem, iż:

− wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostaną odtajnione w części, gdyż wobec stanu faktycznego i prawnego, Zamawiający pozostaje na stanowisku, iż część z nich stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa – o czym dalej (utajnione pozostają treści zawarte na stronach od 13 do 15 włącznie);

− załączniki w postaci dokumentacji z banku – opinie bankowe 3 szt. pozostaną utajnione, gdyż w ocenie Zamawiającego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

− odtajnia kalkulację ceny oferty.

W złożonym pismem z 11 marca 2024 r. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności, wobec stanowiska zaprezentowanego przez Przystępującego, który argumentował, że Odwołujący z uwagi na wadliwie skonstruowane zarzuty odwołania nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia i nie może ponieść szkody, rozstrzygnięcia przez Izbę wymagało czy Odwołującemu, zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej.

Przystępujący swoje stanowisko oparł na rozstrzygnięciu Sądu Okręgowego – Sądu Zamówień Publicznych, tj. wyroku z 27 września 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 46/23, zapadłym w sprawie, w której Przystępujący był uczestnikiem postępowania. Sąd uznał, że odwołujący w tamtej sprawie nie legitymował się interesem w uzyskaniu zamówienia. O takim rozstrzygnięciu sprawy przez Sąd zdecydowała konstrukcja odwołania. Sąd zwrócił uwagę, że*„(…) samo skonstruowanie zakresu zaskarżenia, zarzutów jak i wniosków odwołania (…) odnosi się tylko i wyłącznie do odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, a związanych z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny (…)”*. Następnie Sąd wskazał:*„Sąd Okręgowy nie traci z pola widzenia, że Odwołujący nie podważał wyboru najkorzystniejszej oferty i nie wnosił o jego unieważnienie. Także z treści zarzutów czy uzasadnienia odwołania nie sposób wysnuć takich wniosków. Zatem nieuprawnionym było uwzględnienie odwołania i oraz unieważnienie wyboru oferty Skarżącego jako najkorzystniejszej. Dopiero bowiem gdyby zarzuty odwołania wskazywały konkretne normy ustawy Prawo zamówień publicznych, które zostały naruszone przez czynność Zamawiającego w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej, to Krajowa Izba Odwoławcza mogła by w tym zakresie formułować nakaz określonego zachowania skierowany do Zamawiającego, a odnoszący się do tej czynności.”*. Ponadto Sąd wskazał w dalszej części wywodu:*„Natomiast w przedmiotowej sprawie istotnym było, aby wykonawca kwestionujący zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, zaskarżył także czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, albowiem warunkowało to ewentualną zmianę decyzji Zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej i możliwość uzyskania zamówienia właśnie przez Odwołującego. Jednakże samo zaskarżenie czynności utajnienia części wyjaśnień, a następnie jego ewentualne odtajnienie nie dawało Wykonawcy szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wybór najkorzystniejszej oferty został już dokonany, termin na zaskarżenie tej czynności minął, a to ta właśnie czynność Zamawiającego zamknęła Odwołującemu sposobność uzyskania zamówienia i powinna być objęta zakresem zaskarżenia, zarzutami wraz z wystosowanymi zarzutami wobec utajnienia części wyjaśnień rażąco niskiej ceny”*.

Mając na uwadze powyższe, Izba w tym miejscu zwraca uwagę na następujące różnice między odwołaniem wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 912/23, której to sprawy odwoławczej dotyczył wyrok Sądu Okręgowego przywołany wyżej, a tą sprawą odwoławczą. Okoliczności sprawy o sygn. akt KIO 912/23 były takie, że odwołujący w tamtej sprawie zarówno w treści zarzutów jak i wniosków nie odnosił się w żaden sposób do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Natomiast okoliczności tej sprawy odwoławczej są o tyle odmienne, że Odwołujący, choć wprost nie sformułował zarzutu naruszenia art. 239 ustawy Pzp przez wadliwy wybór oferty Przystępującego, to w treści odwołania wniósł o jego unieważnienie. Zdaniem składu orzekającego jest to istotna odmienność stanu faktycznego zaistniałego w tej sprawie odwoławczej a tymi okolicznościami, jakie były przedmiotem odwołania, a następnie skargi do Sądu Okręgowego w sprawie opisanej wyżej. Jak bowiem wynika z treści uzasadnienia wyroku XXIII Zs 46/23 Sąd wnikliwie zbadał całą treść odwołania, tj. zarówno część odnoszącą się do zarzutów, wniosków jak i uzasadnienie i w żadnej części nie dopatrzył się najmniejszej próby zakwestionowania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Taka sytuacja nie ma miejsca w tej sprawie odwoławczej. Analiza odwołania pokazuje, że po pierwsze, Odwołujący sformułował wniosek w przedmiocie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Po drugie, Odwołujący liczył termin na wniesienie odwołania od daty powzięcia informacji o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. od 16 lutego 2024 r. Oznacza to w ocenie Izby, że w istocie ta czynność była dla Odwołującego podstawą wniesienia odwołania i to mimo zasygnalizowanych w treści uzasadnienia odwołania trudności związanych z uzyskaniem dostępu do dokumentacji postępowania o zamówienie. Ponadto, Odwołujący w *petitum* wskazał *„wnoszę odwołanie wobec niezgodnej z ustawą PZP czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia”* i jest dla Izby jasne, że całościowa lektura odwołania prowadzi do wniosku, że chodzi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i związaną z nią czynność badania i oceny ofert. Ponadto odwołanie dotyczy zaniechania polegającego na nieodtajnieniu w całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego. Zatem Odwołujący wyróżnia czynności Zamawiającego i zaniechanie podjęcia czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany. Dodatkowo zauważyć należy, że zgodnie z art. 522 ustawy Pzp, zamawiający w przypadku uwzględnienia odwołania wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Gdyby więc Izba miała zaaprobować stanowisko Przystępującego i uznać, że treść odwołania nie jest wystarczająca dla uznania, że Odwołujący skarży również czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to doszło by do sytuacji, że Zamawiający, który uwzględnił odwołanie, będąc związany żądaniami byłby zobowiązany unieważnić wybór, natomiast Izba musiałaby odmówić Odwołującemu legitymacji do wniesienia odwołania.

Odnosząc się do wskazanej w pisemnym stanowisku Przystępującego i podtrzymanej na rozprawie argumentacji dotyczącej treści art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, Izba wskazuje, że nie budzi najmniejszych wątpliwości Izby, że naruszenia zamawiającego związane z badaniem i oceną ofert skutkującą wadliwym uznaniem za skutecznie zastrzeżoną tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę, są tego rodzaju naruszeniami, które co do zasady mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie. Dostrzega to również sam Sąd Okręgowy w przywołanym wyżej wyroku. Udostępnienie wykonawcom treści wyjaśnień np. w przedmiocie rażąco niskiej ceny, które uprzednio

objęte były tajemnicą przedsiębiorstwa otwiera wykonawcom drogę do ewentualnego formułowania zarzutów merytorycznych wobec oferty wykonawcy, który nieskutecznie zastrzegł informacje w swojej ofercie. Stąd też skład orzekający w tej sprawie stoi na stanowisku, że w sytuacji, gdy odwołujący domaga się uznania za naruszające przepisy ustawy Pzp zachowanie zamawiającego polegające na wadliwym uznaniu za skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa informacje/dokumenty przez innego wykonawcę i zaniechanie ich udostępnienia przez zamawiającego pozostałym uczestnikom postępowania o zamówienie, kwestionowanie samej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej sprowadza się do kwestii formalnej. Stąd też za wystarczające zdaniem składu orzekającego w takich okolicznościach, dla uznania, że odwołujący kwestionuje sam wybór jest sformułowanie w treści odwołania wniosku o unieważnienie tej czynności, co miało miejsce w rozpoznawanym odwołaniu, wniesienie odwołania od daty tej czynności, co również miało miejsce w rozpoznawanym odwołaniu i stanowisko wyrażone w uzasadnieniu odwołania prowadzące w ocenie Izby do wniosku, że celem Odwołującego było na tym etapie postępowania formalne podważenie wyboru oferty Przystępującego.

Ponadto Izba wskazuje, że oczywistym jest, że w przypadku gdy mamy do czynienia z informacjami zastrzeżonymi tajemnicą przedsiębiorstwa, wykonawca zainteresowany wniesieniem odwołania mającego na celu sfomułowanie merytorycznych zarzutów wobec treści oferty, w pierwszej kolejności potrzebuje uzyskać dostęp do tych informacji, co w przypadku pozytywnego zweryfikowania przez zamawiającego poczynionego zastrzeżenia dokumentów, może odbyć się jedynie w przypadku skorzystania ze środka ochrony prawnej na zaniechanie odtajnienia spornych dokumentów. Wówczas termin na wniesienie środka ochrony prawnej w oparciu o podstawę faktyczną, którą są udostępnione (tj. odtajnione) dokumenty liczony jest od dnia, kiedy wykonawca otrzymał ich treść. Takie stanowisko Izby zostało zaaprobowane przez Sąd Okręgowy – Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z 30 marca 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 22/23.

Przypomnieć w tym miejscu również należy, że przepis art. 515 ustawy Pzp, który traktuje o terminach na wniesienie odwołania przewiduje odmienny sposób liczenia terminu na odwołanie w zależności, czego odwołanie dotyczy. Zgodnie z tą regulacją odwołanie przysługuje: od czynności zamawiającego (ust. 1), wobec treści ogłoszenia o zamówieniu/treści dokumentów zamówienia (ust. 2), w innych przypadkach niż wskazane w ust. 1 i 2 (ust. 3). Jak wskazuje się w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych, wydanie II, pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza: *„Przepis art. 515 ust. 3 ustawy Pzp będzie miał zastosowanie do:*

1) czynności zamawiającego, co do których zamawiający nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o ich dokonaniu,

2) czynności zamawiającego, które nie dotyczą treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia,

3) braku aktywności informacyjnej zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do wszystkich czynności podjętych w toku postępowania,

4) zaniechań przez zamawiającego czynności w postępowaniu, jeżeli zamawiający był zobowiązany do dokonania tych czynności.

Początkiem biegu terminu do wniesienia odwołania w przypadku art. 515 ust. 3 Pzp jest dzień powzięcia przez wykonawcę wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania lub dzień, w którym przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania.”.

Z okoliczności sprawy opisanych w odwołaniu i niekwestionowanych przez Zamawiającego ani Przystępującego, które ponadto znajdują potwierdzenie w treści protokołu sporządzonego przez Zamawiającego na druku ZP-PN wynika, że Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie oferty złożonej przez Przystępującego wraz z całą korespondencją między Zamawiającym a Przystępującym 16 lutego 2024 r., a odpowiedź na ten wniosek otrzymał 21 lutego 2024 r., a Zamawiający wskazał: *„(…) przekazuję w załączeniu wskazaną ofertę i dokumenty, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa”*. W tych okolicznościach Izba przyjęła, że dopiero z tym dniem Odwołujący powziął wiadomość, że Przystępujący złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny objęte tajemnicą przedsiębiorstwa a Zamawiający uznał, że została ona skutecznie zastrzeżona.

Nie sposób pominąć też, że jak wynika z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 17 listopada 2022 r., sygn. akt C-54/21 *„(…) wyznaczony w art. 1 dyrektywy 89/665 cel polegający na zagwarantowaniu skutecznych środków odwoławczych w przypadku naruszeń przepisów obowiązujących w dziedzinie udzielania zamówień publicznych może zostać osiągnięty wyłącznie wówczas, gdy bieg terminu na wniesienie odwołania od danej decyzji rozpoczyna się dopiero w dniu, w którym wnoszący odwołanie dowiedział się lub powinien był się dowiedzieć o zarzucanym naruszeniu rzeczonych przepisów (…)”* (*vide* motyw 106 ww. wyroku). Istotny jest również pogląd wyrażony przez TSUE w motywie 107 tego wyroku, zgodnie, z którym: *„W konsekwencji, gdyby krajowe prawo proceduralne nie pozwalało sądowi rozpatrującemu odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego na zastosowanie w toku postępowania środków przywracających poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego, sąd ten powinien – jeżeli okaże się, że prawo to naruszono ze względu na nieujawnienie informacji – albo uchylić tę decyzję o udzieleniu zamówienia, albo uznać, że*

odwołujący się może ponownie wnieść odwołanie od już podjętej decyzji o udzieleniu zamówienia, przy czym bieg terminu na jego wniesienie rozpoczyna się dopiero w dniu, w którym ów odwołujący się uzyskał dostęp do wszystkich informacji, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.”. Innymi słowy, bieg terminu na wniesienie środka zaskarżenia rozpoczyna się dopiero w dniu w którym odwołujący uzyskał dostęp do wszystkich informacji odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.

Nie sposób więc zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego wyrażonym w piśmie procesowym, jakoby Odwołujący powinien już w tym odwołaniu podnieść nawet w sposób ewentualny zarzuty w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym Izba uznała, że Odwołującemu przysługuje prawo wniesienia odwołania, zgodnie z art. 505 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Pismem z 19 grudnia 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp z wezwaniem do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez Przystępującego cena, zaoferowany koszt lub ich istotne części składowe, wydają się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Ponadto wezwanie zostało wystosowane na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ponieważ zaszły przesłanki tam wskazane, w tym zakresie Zamawiający wezwał:*„do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez Państwa cena całkowita jest niższa co najmniej o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 p.z.p.”*.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Przystępujący udzielił wyjaśnień dokonując ich podziału na część jawną i na część objętą tajemnicą przedsiębiorstwa. Na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, że na część jawną składa się pismo z 5 stycznia 2024, nr pisma SW/MG/58W/2024, składające się z 16 stron. Do pisma tego załączono następujące dowody:

„1. Dowody do Uzasadnienia Zastrzeżenia TP od nr 1 do nr 5;

2. Polisa OC za 2022 r. oraz Polisa OC za rok 2023 (z potwierdzeniem opłaty składki) i promesa na rok 2024 – załączniki nr 1a, 1b, 1c, 1d

3. Wyjaśnienia RNC część tajna wraz z wewnętrznymi dowodami do w/w części tajnej –Dowody te odpowiednio oznakowano jako: „dokument zawierający TP””.

Wyjaśnienia w przedmiocie ceny zawierają również część zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa, na którą składa się pismo z 5 stycznia 2024 r. wraz z załącznikami: załącznik nr 1 – tabela kalkulacyjna szczegółowa oraz załączniki nr 2 a-c tj. opinie bankowe za czerwiec 2023, wrzesień 2023 i grudzień 2023.

Na podstawie protokołu postępowania sporządzonego na druku ZP-PN ustalono, że korespondencja między Zamawiającym a Odwołującym przebiegała w następujący sposób:

- Wniosek o udostępnienie oferty od Biomaster z dnia 12.12.2023 r. (poz. 87),
- Udostępnienie oferty dla Biomaster z dnia 15.12.2023 r. (poz. 92),
- Udostępnienie dokumentów dla Biomaster z dnia 21.02.2024 r. (poz. 101),
- Udostępnienie dokumentów dla Biomaster z dnia 26.02.2024 r. (poz. 102),
- Wniosek o udostępnienie oferty od Biomaster z dnia 16.02.2024 r. (poz. 105),
- Wniosek o udostępnienie dokumentów od Biomaster z dnia 22.02.2024 r. (poz. 106).

Pismem z 16 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisami stanowiącymi podstawę odwołania:

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 (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.;
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.;
art. 16 ustawy Pzp
Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Przypomnieć należy, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania. Oznacza to, że ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, o czym przesądza treść art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Skoro jawność postępowania jest zasadą, *a contrario* ograniczenie dostępu do informacji jest wyjątkiem od tej zasady i jako taki powinien być on interpretowany ściśle. Jak stanowi 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), 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.*

Wykonawca ma zatem obowiązek wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast rolą zamawiającego w toku postępowania o zamówienie jest ocena, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał. Z kolei rolą Izby w toku postępowania odwoławczego jest weryfikacja, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez wykonawcę informacji prawidłowo ustalił, że zostało mu wykazane, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stawią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W celu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazać, że:

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

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

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

Odnosząc powyższe do rozpoznawanej sprawy, Izba zwraca uwagę, że Odwołujący w treści odwołania dokonał wnikliwej analizy uzasadnienia zastrzeżenia spornych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa i podjął polemikę ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Przystępującego, a Izba uznała argumentację Odwołującego zawartą w odwołaniu za trafną.

Analiza uzasadnienia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny prowadzi do wniosku, że Przystępujący nie wykazał spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

W zakresie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, Izba wskazuje, że Przystępujący w części jawnej na stronach 7-12 bardzo obszerny fragment poświęcił wykazaniu wartości gospodarczej stosowanego przez siebie systemu wyceny usług będących przedmiotem zamówienia. Izba nie kwestionuje faktu zbudowania przez Przystępującego takiego systemu, jednak w ocenie Izby całościowa lektura wyjaśnień w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa nie ukazuje sposobu działania systemu jako takiego, w stopniu na tyle szczegółowym aby uzasadniona była ochrona tego opisu. Przystępujący w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazał na strony pisma z 5 stycznia 2024 – części tajnej wyjaśnień, których fragmenty rzeczywiście pokazują taki poziom szczegółowości opisu systemu, że ich ujawnienie stanowiłoby istotne zagrożenie dla pozycji Przystępującego albo mogłoby dać przewagę konkurencji. Opisane używanych przez wykonawcę programów komputerowych również nie stanowi w ocenie Izby informacji zasługującej na taką ochronę. Opis ten sprowadza się w istocie do wskazania nazw programów ale nie ukazuje zdaniem Izby żadnego specyficznego sposobu ich wykorzystania. Opis jest na tyle ogólny, że zdaniem Izby nie zawiera takich informacji, których ewentualne ujawnienie mogłoby zagrozić pozycji Przystępującego. To co rzeczywiście

mogłoby zasługiwać na ochronę w kontekście wyjaśnień Przystępującego to dane źródłowe (historyczne), na których wykorzystanie powołuje się Przystępujący, jednak podkreślić należy, że w żadnej części wyjaśnień Przystępujący takich konkretnych danych nie ujawnił, a jedyne wskazał, że się takimi posłużył. Uzasadnienie zawarte w części jawnej pisma z 5 stycznia 2024 r. na str. 10 drugi akapit nie zostało powiązane z żadną stroną czy fragmentem wyjaśnień oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, stąd też nie sposób na tym etapie ocenić, do której części utajnionych waśnień referuje ten fragment.

Argumentacja o stracie w wysokości kwoty zainwestowanej w umowy z firmami IT wskazana na str. 10 uzasadnienia przedostatni akapit jest dla Izby nieprzekonująca. Nie zostało wykazane przez Przystępującego aby konkurenci nie mieli potencjalnej możliwości zawarcia umów z rzeczonymi firmami również bez wiedzy o tym, że Przystępujący korzysta z tych określonych programów komputerowych. Ponadto w ocenie Izby rozwiązania, które sprawdzają się dobrze u jednego przedsiębiorcy nie zawsze muszą się sprawdzić w warunkach innego przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby informacje odnoszące się do sposobu budowania ceny nie są podane przez Przystępującego na takim poziomie szczegółowości, aby uzasadnione było zaniechanie ich udostępnienia w postępowaniu. Nie jest jasne dla Izby jak udostępnienie wyjaśnień w tym zakresie mogłoby zagrozić pozycji Przystępującego. Argumentacja wskazana na stornie 11 uzasadnienia, przedostatni akapit jest enigmatyczna i nie została powiązana z żadnym fragmentem tajnych wyjaśnień, stąd też nie jest dla Izby jasne z którego fragmentu wprost wynika szczegółowy opis sposobu optymalizacji pracy personelu Przystępującego.

W związku z powyższym, w ocenie Izby wartość gospodarcza nie została wykazana w sposób przekonujący. Odnotowania ponadto wymaga, że kalkulacja ceny oferty była już w przeszłości udostępniana konkurencyjnym wykonawcom, co wykazał Odwołujący za pomocą dowodu złożonego na rozprawie. Nawet jeśli w tamtym postępowaniu cena w większej mierze była determinowana bardziej szczegółowym niż w tym postępowaniu opisem przedmiotu zamówienia i zawartymi tam wymaganiami i wytycznymi zamawiającego, to ze stanowiska Przystępującego zawartego w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, że stosuje on swój system wyceny od lat (buduje ten system od 2007 r.), zatem ujawniona kalkulacja również powstała z udziałem tego systemu, a jednak nie wpłynęło ujawnienie tej kalkulacji negatywnie na możliwości Przystępującego co do ofertowania w późniejszych postępowaniach o zamówienie. Stąd też w ocenie Izby ujawnienie załącznika nr 1 do wyjaśnień z 5 tycznia 2024 r. oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa nie wpłynie szczególnie pozytywnie na możliwości poznawcze konkurentów co do danych jakimi dysponuje Przystępujący, a które pozwalają mu w taki a nie inny sposób szacować cenę. Izba podziela ocenę co do użyteczności systemu dokonaną przez skład Izby w wyroku o sygn. KIO 912/23, zgodnie z którą:*„System, do którego odwoływał się przystępujący, ponad wszelaką wątpliwość może stanowić ułatwienie w toku przygotowania oferty, ale nie może być czynnikiem wprost decydującym o wysokości zaoferowanej ceny”*.

W zakresie utrzymania informacji w poufności, Izba wskazuje za Sądem Okręgowym w Warszawie, który w sprawie o sygn. XXIII Zs 46/23 wskazał, że*„Bez wątpienia dokumenty w tych postępowaniach nie są identyczne jednak z całą pewnością dotyczą tego samego systemu wyceny”*. Odwołujący wykazał, że informacje w zakresie funkcjonowania systemu zostały już odtajnione stąd też nie było podstaw do uznania, że nadal w tym zakresie są utrzymywane w poufności.

Wreszcie wskazać należy, że w wyroku o sygn. KIO 912/23 Izba nakazała ujawnienie wyjaśnień udzielonych pismem z 22 lutego 2023 r. wraz z załącznikami. Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem o sygn. XXIII Zs 46/23 zmienił zaskarżony ww. wyrok Izby ze względów formalnoprawnych tj. z uwagi na ocenię, iż odwołujący w tamtej sprawie nie spełnił materialnoprawnych przesłanek skorzystania ze środków ochrony prawnej, w rozumieniu art. 505 ustawy Pzp. Niemniej jednak wskazać należy, że Sąd ten za trafną uznał ocenę Izby w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa i wskazał, że informacje nią objęte w postępowaniu o zamówienie, którego dotyczyła tamta sprawa odwoławcza i skargowa nie stanowiły w istocie tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwagi na nie spełnienie przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 uznk. Z dowodu przedstawionego przez Przystępującego podczas rozprawy wynika, że ocena dotyczyła w dużej mierze tożsamych informacji jak w tym postępowaniu. Choć dla Izby jest wiarygodne stanowisko Przystępującego, który argumentował, że zamawiający w okresie między wydaniem wyroku Izby a rozpoznaniem skargi Przystępującego na ten wyrok nie udostępniał tych informacji, co uznać należy za działanie uzasadnione z uwagi na brak prawomocności orzeczenia Izby, to nie oznacza, że taki stan utrzymuje się po wyroku Sadu Okręgowego w Warszawie. Wobec powyższego ustalenia nie jest więc wykluczone, że zamawiający – gospodarz tamtego postępowania udostępnia te informacje w trybie dostępu do informacji publicznej po wydaniu wyroku przez Sąd Okręgowy w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 46/23. Samo oświadczenie Przystępującego w tym zakresie Izba uznała za niewystarczający dowód, podobnie jak zaniechanie przedstawienia przez Odwołującego uzyskanych w ten sposób informacji, na co wskazywał Przystępujący podczas rozprawy. Dowodem takim mogłoby być oświadczenie zamawiającego o odmowie udostępnienia tych informacji z podaniem odpowiedniego uzasadnienia, jednak taki dowód nie został przedstawiony.

Powyższe ma jednak w tej sprawie jedynie pomocnicze znaczenie, ponieważ Izba dokonała własnej oceny

przedstawionego przez Przystępującego w tym postępowaniu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa i doszła do przekonania, że chociaż jest ono bardzo obszerne to jego wnikliwa lektura pokazuje, że nie ma podstaw to przyjęcia za uzasadnione w okolicznościach tej sprawy powołanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa w preferowanym przez Przystępującego zakresie.

Omówienia w kontekście rozpoznawanego zarzutu wymaga jeszcze sposób oznaczania przez Przystępującego zastrzeżonych informacji. Z uzasadnienia zastrzeżenia wskazanego w części jawnej pisma z 5 stycznia 2024 r. Przystępujący wskazał: *„Działając na podstawie art. 18 ust. 1, ust. 3 oraz ust. 6, w związku z art. 19 ust. od 1 do 6 Pzp oraz na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649 ze zm.), zastrzegamy, jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. ustawy:*

1/ Informacje zawarte w niejawnej części wyjaśnień RNC, oznakowane/zapisane czcionką czerwoną;

2/ Następujące informacje zawarte w Załączniku nr 1 do niejawnej części wyjaśnień RNC (tj. w tabeli wyceny przedmiotu zamówienia):

2.1. Przewidziane godzinowe zaangażowanie poszczególnych specjalistów;

2.2. Wyrażone w PLN jednostkowe koszty ponoszone przez Wykonawcę poszczególnych specjalistów / ekspertów i ich zastępstwa;

2.3. Obliczone na podstawie ilości nakładów pracy i kosztów jednostkowych wynagrodzenia całkowite (w PLN) poszczególnych specjalistów / ekspertów;

2.4. Wartości wyrażone w PLN kosztów biura i sprzętu Inżyniera;

2.5. Wyrażone w PLN wartości: ryzyk kontraktowych, rezerwy na wydatki nieprzewidziane oraz zysku;

2.6. Wszelkie inne kwoty wyrażone w PLN;

3/ W opiniach bankowych stanowiących Załącznik nr 2a, 2b i 2c do niejawnej części wyjaśnień RNC: wyrażone w PLN lub EUR informacje o wysokości środków finansowych posiadanych przez Sweco Polska sp. z o.o.;”.

Podczas posiedzenia z udziałem stron Przystępujący potwierdził, że tajemnicą przedsiębiorstwa objęte są pliki w folderze *„02 TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA.zip”*, dopiero podczas rozprawy na pytanie Izby Przystępujący uściślił, że utajnieniu nie podlega całe pismo z 5 stycznia 22024 r. zawarte w pliku o nazwie *„Sweco_Wyjaśnienia RNC z Tajemnica Przedsiębiorstwa_Kotla-sig.pdf”*, lecz tylko fragmenty oznaczone kolorem czerwonym. Izba zwraca jednak uwagę, że całe pismo w nagłówku na każdej jego stronie zawiera klauzule o treści *„tajemnica przedsiębiorstwa”*, co w kontekście oświadczenia o utajnieniu tylko wybranych fragmentów jest oznaczeniem sprzecznym, mylącym i budzącym wątpliwości co do rzeczywistej intencji autora. W tych okolicznościach Izba uznała, że Zamawiający mógł mieć wątpliwości czy zastrzeżenie dotyczy całej treści pisma. Analogicznie sytuacja wygląda z załącznikami do tego pisma.

Izba za konieczne uznała również odniesienie się do treści uzasadnienia odwołania poświęconej regulacji zawartej w art. 74 ust. 2 ustawy Pzp. Jak wskazał Odwołujący termin na wniesienie odwołania upływał 26 lutego 2024 r. (poniedziałek). Z informacji zawartych w protokole postępowania druk ZP-PN wynika, że dokumentacja o którą wnioskował 22 lutego 2024 r. została mu udostępniona 26 lutego 2024 r. Zwrócić jednak należy uwagę, że wynik postępowania został ogłoszony 16 lutego 2024 r., a wniosek Odwołującego złożony 16 lutego 2024 r. dotyczył ograniczonego Zakresu dokumentów i Odwołujący nie wykazał z jakich względów nie mógł wnieść o udostępnienie całości dokumentacji w ramach tego wniosku.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 3 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 i §5 pkt 1) i 2) lit a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba zinterpretowała oświadczenie Zamawiającego w przedmiocie uwzględnienia odwołania jako uwzględnienie odwołania w części – wobec uszczegółowienia, iż Zamawiający nie zamierza udostępniać stron 13-15 części wyjaśnień oznaczonej jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie zamierza udostępniać treści trzech opinii bankowych. Wobec uwzględnienia odwołania w tym zakresie Izba uznała, że Zamawiający przegrał tę część sporu i w konsekwencji należało obciążyć Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, adekwatnie to tej części.

Przewodnicząca: …….