

WYROK

Warszawa, dnia 7 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolantka: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2025 r. przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno HandlowoUsługowe Sauerkraut sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu w postępowaniu prowadzonym przez Jednostkę Wojskowa nr 4101 w Lublińcu

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcyjno HandlowoUsługowe Sauerkraut sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno HandlowoUsługowe Sauerkraut sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu tytułem wpisu od odwołania.

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 177/25 Uzasadnienie

Zamawiający Jednostka Wojskowa nr 4101 w Lublińcu prowadzi postępowanie, którego przedmiotem zamówienia jest „Dostawa owoców, warzyw, pieczywa oraz ryb dla Jednostki Wojskowej Nr 4101 w Lublińcu” (numer referencyjny: 2/2025). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w DzUUE 14.11.2024 r. nr 693800-2024. Zamówienie podzielono na 3 części. Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący: Przedsiębiorstwo Produkcyjno HandlowoUsługowe Sauerkraut sp. z o.o. w Kaliszu wniósł odwołanie w zakresie części numer 1 zamówienia - dostawa owoców i warzyw.

Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, zaniechanie czynności udostępnienia Odwołującemu dowodów i wycieńń złożonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy D.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Firma Handlowo-Usługowa „Damex” D.S.” [dalej: „Damex”].

Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności udostępnienia Odwołującemu dowodów i wycieńń złożonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Damex, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był udostępnić dokumenty Odwołującemu.

Wskazując na powyższe, wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu wszystkich dowodów złożonych przez wykonawcę Damex do wyjaśnień rażąco niskiej ceny tego wykonawcy.

W postępowaniu, w zakresie części numer 1 ofertę złożył m.in. Odwołujący oraz Damex.

15 grudnia 2024 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego wniosek o udostępnienie dokumentacji ofertowej złożonej przez wykonawców w zakresie części 1 zamówienia oraz wszelkiej korespondencji, jaka była prowadzona pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Damex po terminie składania ofert.

16 grudnia 2024 r. Zamawiający wezwał Damex do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Tego samego dnia, 16 grudnia 2024 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumentację, w tym ofertę Damex oraz skierowane do niego wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Z powodu niezłożenia jeszcze wyjaśnień rnc przez wykonawcę Damex, Zamawiający nie udostępnił ich jeszcze Odwołującemu.

22 grudnia 2024 r. Wykonawca Damex złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

8 stycznia 2025 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Damex jako najkorzystniejszej w zakresie części numer 1.

Po otrzymaniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, tego samego dnia, 8 stycznia 2025 r. Odwołujący wystąpił

ponownie o udostępnienie dokumentacji w formie wiadomości na platformie.

9 stycznia 2025 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego przypomnienie w związku z brakiem jego odpowiedzi na wniosek. Jednocześnie określił termin na odpowiedź do dnia 10 stycznia 2025 r. godz. 13:00.

10 stycznia 2025 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi Odwołującemu, o następującej treści:

„Dzień dobry , w załączeniu przesyłam informację odnośnie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny firmy Damex. Niektóre dokumenty zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa - F.V. Wiadomość z firmy Damex do Zamawiającego: "Przekazane dowody oraz wyliczenia stanowią tajemnicę naszego przedsiębiorstwa w związku z tym wnosimy o zastrzeżenie informacji wynikających ze składanych dokumentów w celu uniknięcia ujawnienia danych wrażliwych wobec wykonawców konkurencyjnych oraz utracenia dotychczas wypracowanej przewagi na rynku podobnych zamówień. Wnioskujemy o nieudostępnianie powyższych danych podmiotom trzecim biorącym udział w w/w postępowaniu przetargowym”.

Wykonawca Damex w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa o poniższej treści /tu cytata – przyp KIO/.

OKOLICZNOŚCI PRAWNE

Podstawową zasadą dotyczącą systemu zamówień publicznych, określoną w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, jest zasada jawności. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast możliwość zastrzeżenia przez wykonawcę nieudostępnienia określonych informacji jest wyjątkiem od ogólnej zasady jawności i – jak każdy wyjątek – musi być interpretowany w sposób ścisły i bardzo ostrożny.

Problematyka zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa została uregulowana w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Oznacza to, że żeby dana informacja nie została ujawniona, wykonawca musi w odpowiednim terminie zastrzec, że informacje nie mogą zostać udostępnione i wykazać, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta jest w art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) [uznk].

To, że aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą zostać spełnione trzy przesłanki:

- 1) musi być informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją i posiadać wartość gospodarczą;
- 2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi musi podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Przesłanki te muszą zostać spełnione łącznie.

W piśmiennictwie podkreśla się, że aby skutecznie zastrzec informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest wystarczające samo zastrzeżenie, ale konieczne jest również wykazanie spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk.

Wykonawca, przekazując zamawiającemu określone informacje, zobowiązany jest do wskazania (tj. dokonania zastrzeżenia), które informacje utajnia, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te powinny być wyraźnie oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie zobowiązany jest wykazać zasadność dokonanego zastrzeżenia, tj. wykazać, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ZNKU. Nie jest przy tym wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek. Konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji. Powoływane przez wykonawcę w uzasadnieniu zastrzeżenia określone okoliczności muszą mieć charakter obiektywny i weryfikowalny, a także powinny być – stosownie do możliwości i potrzeby – poparte dowodami.

22.W tożsamy sposób zagadnienie to jest rozstrzygane w orzecznictwie:

- 1) Wyrok KIO 674/23: „Jedną z naczelnych zasad Prawa Zamówień Publicznych jest zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. /.../.

Wyrok KIO 488/23, KIO 313/23: „Aby wykonawca w skuteczny sposób zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa niektóre informacje udostępniane w toku przetargu, koniecznym jest „wykazanie” przez tego wykonawcę, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Używając terminu „wykazał” w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca nałożył na wykonawcę powołującego się na tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązek udowodnienia, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

W niniejszym stanie faktycznym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Damex nie może zostać uznane za skuteczne z następujących powodów:

- 1)Zastrzeżenie jest lakoniczne oraz nie przedstawia żadnych konkretnych informacji.
- 2)Wykonawca nie wykazał, żeby zastrzegane informacje miały wartość gospodarczą.
- 3)Część zastrzeganych informacji jest powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo są łatwo dostępne dla takich osób.
- 4)Wykonawca nie wykazał, że podjął w stosunku do informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności.
- 5)Do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały dołączone żadne dowody.
- 6)Zastrzeżone zostały całe dokumenty, podczas gdy nawet gdyby część informacji stanowiłaby tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie ujawnione mogłyby zostać wyłącznie poszczególne informacje, a nie całe dokumenty. Niniejsze świadczy również o braku zachowania należytej staranności w stosunku do informacji.

Zastrzeżenie jest lakoniczne oraz nie przedstawia żadnych konkretnych informacji

Ponadto, zastrzeżenie to, w połowie stanowi przytoczenie odpowiednich przepisów będących jego podstawą. Drugi akapit zastrzeżenia to jedynie 2 zdania, w których wykonawca oświadcza, iż złożone przez niego dokumenty będące dowodami do złożonych wyjaśnień stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa oraz, że wnioskuje o nieudostępnianie ich podmiotom trzecim. W związku z tym, należy stwierdzić, iż zastrzeżenie to jest bardzo ogólne oraz nie przedstawia żadnych konkretnych informacji.

Nie sposób nie odnieść wrażenia, że dokument ten nie został przygotowany, żeby zastrzec konkretne informacje w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz jest ogólnym dokumentem, którego zadaniem miałoby być uzasadnienie każdej informacji w każdym postępowaniu – i to przez dowolnego wykonawcę.

Wykonawca Damex nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. W treści wyjaśnień sam wykonawca nie odnosi się wprost do tej kwestii, co tylko udowadnia nierzetelne i lakoniczne sporządzenie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednak, nawiązując do treści jego wyjaśnień, nie można za wykazanie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji zostać uznana wzmianka, że wykonawca dokonuje zastrzeżenia dowodów złożonych do wyjaśnień w celu uniknięcia ujawnienia danych wrażliwych wobec wykonawców konkurencyjnych oraz utracenia dotychczas wypracowanej przewagi na rynku podobnych zamówień.

Co istotne, z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (które jednak ciężko nazwać uzasadnieniem) nie wynika, jaką konkretną wartość mają zastrzegane informacje. Wykonawca nie odniósł się do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, nie wykazując tej wartości. Nie wiadomo, jakie korzyści osiąga wykonawca Damex z faktu pozostawiania tych informacji w poufności lub jakie szkody by poniósł, gdyby te informacje zostały ujawnione.

Na wykonawcy Damex ciążył obowiązek szczegółowego wyjaśnienia, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą. Tak też jednolicie wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tytułem przykładu: Wyrok KIO 10/2024, KIO 1463/23, 1195/23, wyrok SO w Warszawie z 26 kwietnia 2023 r., XXIII Zs 140/21”.

Część zastrzeganych informacji jest powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo są łatwo dostępne dla takich osób

W następnej kolejności Odwołujący wskazuje, że część zastrzeganych informacji jest powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo są łatwo dostępne dla takich osób. W przypadku dowodów wykonawcy Damex, w postaci aktualnych notowań z giełdy rolno-spożywczej w Krakowie, które są cedułami giełdowymi, stwierdzić należy, że w ogóle nie powinny one zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Dowody takie jak aktualne notowania z giełdy rolno-spożywczej w Krakowie, które są ogólnie i powszechnie dostępne dla

wszystkich oraz wykazują tylko ceny towarów, nie powinny być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy Damex. Tym bardziej, iż każda zainteresowana osoba może bez problemu zapoznać się z ich treścią.

Damex nie wykazał, że podjął w stosunku do informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności, nie wykazał, że podjął działania w celu utrzymania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności.

Damex nawet nie podjął próby wskazania choćby jednej czynności.

Do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały dołączone żadne dowody

Odwołujący wskazuje na brak dowodów na wykazanie przytaczanych w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa okoliczności. Zgodnie z orzecnictwem niewystarczające jest samo zastrzeżenie i przedstawienie odpowiedniej argumentacji, lecz konieczne jest przedstawienie również odpowiednich dowodów. Np. Wyrok KIO 674/23: /.../. KIO 674/22 (...).

Damex nie przedstawił żadnych dowodów na to, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo że udowodnienie tej okoliczności nie stanowiłoby problemu, np. przedstawienie regulaminu ochrony informacji poufnych, umów o zachowanie poufności itp.

Zastrzeżone zostały całe dokumenty, podczas gdy nawet gdyby część informacji stanowiłaby tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie ujawnione mogłyby zostać wyłącznie poszczególne informacje, a nie całe dokumenty

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej tylko konkretne informacje mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a nie całe dokumenty.

Wyrok KIO 679/23, Wyrok KIO 197/22, Wyrok KIO 715/21.

W niniejszym stanie faktycznym wykonawca Damex zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa całe dokumenty oraz wyliczenia.

Przykładowo z treści dokumentu, który został udostępniony Odwołującemu wynika, że jednym z zastrzeżonych dokumentów była faktura na zakup paliwa płynnego, załączona do wyjaśnień wykonawcy Damex. Jednak, nie powinna być ona w całości zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, a jedynie - jeśli zdaniem wykonawcy Damex było to niezbędne – tylko poszczególne informacje lub liczby. Tożsame dotyczy pozostałych dokumentów.

Ponieważ wykonawca Damex zastrzegł całe dokumenty, pomimo że potencjalnie tylko część informacji może potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, to z tego tylko powodu należy uznać zastrzeżenie całych dokumentów za nieskuteczne.

Podsumowanie

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieskuteczne i tym samym wykonawca Damex nie wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający był zobowiązany do udostępnienia Odwołującemu dowodów załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Damex. W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie naruszenie to miało wpływ (mogło mieć istotny wpływ) na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji, za ofertą wykonawcy Damex.

Gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności udostępnienia Odwołującemu dowodów załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Damex, to Odwołujący miałby możliwość zapoznania się z nimi, a w konsekwencji podnieść zarzuty zmierzające do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę.

Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej 8 stycznia 2025 r. Termin na wniesienie odwołania upływał 20 stycznia 2025 r. i został zachowany.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Wskazał, że dokumenty nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Damex Przesłał odwołującemu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień złożona przez zamawiającego, stanowiska stron przedstawione na piśmie, a także stanowiska przedstawione do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

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

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności udostępnienia Odwołującemu dowodów i wyliczeń złożonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Damex, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był udostępnić dokumenty Odwołującemu.

Wskazując na powyższe, wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu wszystkich dowodów złożonych przez wykonawcę Damex do wyjaśnień rażąco niskiej ceny tego wykonawcy.

Skład orzekający stwierdza, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp jest związany zarzutami, zatem nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Z przedstawionego przez odwołującego i niespornego stanu faktycznego wynika, że w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, tj. w części nr 1, zamawiający dokonał dnia 8 stycznia 2025 r. wyboru oferty najkorzystniejszej.

Czynność wyboru oferty nie została zaskarżona środkiem ochrony prawnej. W konsekwencji ocena zarzutów odwołania stała się bezprzedmiotowa, bowiem nawet w razie uznania przez izbę ich zasadności, rozstrzygnięcie odwołania nastąpiłoby i nastąpiło oddaleniem zarzutów wobec braku wpływu na wynik postępowania, którym na obecnym etapie jest wybór najkorzystniejszej oferty. Jak wynika z treści art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp naruszenie przepisów ustawy nie mające wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia nie daje podstaw do uwzględnienia odwołania w całości lub w części.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557, 575 PZP oraz w oparciu o przepisy 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 od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodniczący: