Sygn. akt: KIO 413/25
KIO 422/25

WYROK

Warszawa, dnia 27 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 3 lutego 2025 r. przez wykonawcę Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 413/25)
B.w dniu 3 lutego 2025 r. przez wykonawcę China Harbour Engineering Co. Ltd.
z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (sygn. akt KIO 422/25)

w postępowaniu prowadzonym przez Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. z siedzibą
w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

- wykonawcy China Harbour Engineering Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 413/25

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. z siedzibą
w Sopocie i DOĞUŞ İNŞAAT VE TİCARET A.Ş z siedzibą w Stambule, Turcja

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu i MIRBUD S.A
z siedzibą w Skierniewicach

- wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie

zgłaszających przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 413/25
i KIO 422/25

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie wniesione przez Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie
i nakazuje Centralnemu Portowi Komunikacyjnemu Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności odtajnienia treści Formularza zgłoszenia subsydiów zagranicznych (Załącznika nr 17 do SWZ)złożonego przez ww. wykonawcę,
2.Umarza postępowanie odwoławcze wszczęte odwołaniem wniesionym przez Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie w pozostałej części,
3.Uwzględnia odwołanie wniesione przez China Harbour Engineering Co. Ltd.
z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa i nakazuje Centralnemu Portowi Komunikacyjnemu Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności odtajnienia treści Formularza zgłoszenia subsydiów zagranicznych (Załącznika nr 17 do SWZ) złożonego przez ww. wykonawcę,

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu i MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Gülermak S.A.
z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę China Harbour Engineering Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez China Harbour Engineering Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) poniesioną przez Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 413/25 i KIO 422/25) oraz kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TORPOL S.A. z siedzibą
w Poznaniu i MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 413/25 KIO 422/25),
4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu i MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach na rzecz wykonawcy Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
4.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu i MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach na rzecz wykonawcy China Harbour Engineering Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 413/25
KIO 422/25

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

Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85, od komory „Retkinia" do komory „Fabryczna" wraz z infrastrukturą niezbędną do budowy oraz funkcjonowania tunelu, komór i linii kolejowej". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lipca 2024 r. pod pozycją 454263-2024.

Sygn. akt KIO 413/25:

W dniu 3 lutego 2025 r. wykonawca Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący Gülermak", „Gülermak" lub „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

(1)odtajnienia informacji zawartych w dokumentach przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą, tj.:

• oświadczeniu złożonym na podstawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022 /2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (Dz. U. z UE. L/ z 2022 r. Nr 330, str. 1 z późn. zm.) („Rozporządzenie") na wzorze Załącznika nr 17 SWZ – Formularz zgłoszenia subsydiów zagranicznych („Oświadczenie w sprawie subsydiów");

• wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia (wzór – Załącznik nr 12 do Specyfikacji Warunków Zamówienia „SWZ");

• wykazie osób na potrzeby kryteriów jakościowych oceny ofert (wzór – Załącznik nr 14 do SWZ)

(łącznie: „Tajemnica Przedsiębiorstwa Gülermak").

Odwołujący Gülermak zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, tj.:

(1) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „Uznk") poprzez odtajnienie Tajemnicy Przedsiębiorstwa Gülermak, podczas gdy Odwołujący wykazał, że dokumenty te spełniają wszystkie wymagania niezbędne dla uznania ich za

tajemnicę przedsiębiorstwa
(w szczególności posiadają wartość gospodarczą dla Odwołującego);

(2) art. 42 ust. 4 akapit drugi i trzeci oraz art. 43, 29 ust. 2, 4 i 8 i art. 1 oraz motywów 7, 8, 40 i 65 Rozporządzenia ws. subsydiów zagranicznych w zw. z art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji RP poprzez brak ich zastosowania i ograniczenie się wyłącznie do treści 18 ust. 3 ustawy Pzp, mimo zasady prymatu (pierwszeństwa) prawa UE, w tym treści powołanych przepisów/ motywów Rozporządzenia ws. subsydiów, zgodnie z którymi: (1) Rozporządzenie ustanawia zasady i procedury prowadzenia postępowań w sprawie subsydiów zagranicznych (motyw 7; art. 1), w ramach i na potrzeby których (2) żąda się zgłoszenia zagranicznych subsydiów
w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a Komisja jest jedynym organem właściwym do badania zgłoszenia/ stosowania Rozporządzenia ws. subsydiów zagranicznych (motyw 8 i 40; art. 28 i 29), w tym (3) podjęcia decyzji o tym, w jakim zakresie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa można ujawnić (motyw 65 i art. 42 ust. 4) , a zatem (4) odstąpić od uzasadnionego interesu przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw w odniesieniu do ochrony ich tajemnic przedsiębiorstwa i innych informacji poufnych (art. 42 ust. 4), co wskazuje, że – po pierwsze – oświadczenie subsydiów nie jest „częścią oferty" (jak twierdzi Zamawiający – s. 9 uzasadnienia odtajnienia) i nie jest składane – co wynika z powyższego – na potrzeby (w ramach) postępowania o udzielenie zamówienia,
a postępowania ustalonego w Rozporządzeniu ws. subsydiów zagranicznych – po drugie – nawet gdyby tak było, należy uwzględnić prymat prawa UE względem Pzp, gdyż nie da się jednocześnie twierdzić, iż wyłącznie właściwa jest Komisja, a jednocześnie przyznać tożsame prawo Zamawiającemu;

(3) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp przez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1)unieważnienia czynności odtajnienia dokumentów stanowiących Tajemnicę Przedsiębiorstwa Gülermak;
(2)uznanie, że Tajemnica Przedsiębiorstwa Gülermak stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu Uznk i jako taka nie powinna zostać odtajniona.

Odwołujący Gülermak podał, że w toku postępowania, wraz z ofertą przedłożył m.in.:

1) oświadczenie składane na podstawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022 /2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (Dz. U . z UE. L / z 2022 r . Nr 330, str. 1 z późn. zm.);

2) wykaz osób skierowanych przez Gülermak do realizacji zamówienia – na wzorze Załącznika nr 12 do SWZ;

3) wykaz osób na potrzeby kryteriów jakościowych oceny ofert – na wzorze Załącznika nr 14 do SWZ

Powyższe informacje zostały zastrzeżone przez Odwołującego Gülermak jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przedłożono w związku z tym stosowne uzasadnienie oraz dowody podjęte celem nieujawniania przedmiotowych informacji do wiadomości publicznej.

Pismem z dnia 23 stycznia 2025 r. Zamawiający poinformował Odwołującego Gülermak o zamiarze odtajnienia Tajemnicy Przedsiębiorstwa Odwołującego. W ocenie Zamawiającego, zastrzeżone dokumenty nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący Gülermak podniósł, że mając świadomość wymogu prowadzenia procedury przetargowej w sposób jawny i przejrzysty, zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie część dokumentów, a spośród nich te zawierające nieujawnione do wiadomości publicznych informacje, które są ściśle związane z działalnością prowadzoną przez Odwołującego i jego kondycją biznesową. Jak zaznaczył Odwołujący Gülermak, jego celem nie było utrudnienie innym wykonawcom zbadania czynności podejmowanych przez Zamawiającego, lecz jedynie ochrona własnych (uzasadnionych i podlegających ochronie prawnej) interesów.

W zakresie zastrzeżonych informacji znajdujących się w Oświadczeniu w sprawie subsydiów, Odwołujący Gülermak stwierdził, że oświadczenie to stanowi istotną wartość gospodarczą dla Odwołującego (podobnie jak wykaz osób), są to bowiem w zdecydowanej większości informacje ściśle finansowe, odnoszące się do ekonomicznej strony działalności Gülermak, a także całej grupy kapitałowej. W kontekście tych informacji Odwołujący zwrócił przede wszystkim uwagę na brak uprawnienia Zamawiającego do podejmowania względem tych informacji odpowiednich działań.

Odwołujący Gülermak zauważył, że poza wykazaniem faktu, że zastrzeżone informacje stanowią dla Odwołującego wartość gospodarczą, wykazano również w uzasadnieniu zastrzeżenia, że Tajemnica Przedsiębiorstwa

Odwołującego jest właściwie chroniona i nie mają do niej dostępu bliżej nieokreślone osoby trzecie. Odwołujący Gülermak stwierdził, że zastrzegając przedmiotowe informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazał przede wszystkim, że informacje znajdujące się w ramach Tajemnicy Przedsiębiorstwa są znane tylko ograniczonemu kręgowi osób – pracownikom Spółki odpowiedzialnym za przygotowanie
i złożenie oferty w postępowaniu prowadzonym w reżimie ustawy Pzp, co z kolei przekłada się na jednoznaczny wniosek, że informacje te nie są upubliczniane. W tym kontekście, jak zauważył Odwołujący Gülermak, Odwołujący wykazał, że spełniła się druga z przesłanek definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa – zastrzegane informacje nie są powszechnie znane zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Ponadto, jak zaznaczył Odwołujący Gülermak, Odwołujący przedstawił działania, jakie podjął w celu utrzymania informacji
w poufności. Wykazano, że Odwołujący stosuje rygorystyczne reguły wewnętrzne związane
z dostępem do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz z obrotem tymi informacjami, w strukturze wewnętrznej funkcjonują wewnętrzne procedury, które uniemożliwiają wypływ danych. Odwołujący Gülermak zauważył, że w ramach ogólnego systemu ochrony danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa spółki, podjęto również fizyczne środki ochrony danych, m.in. właściwy obieg dokumentacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zabezpieczenie hasłami danych zapisywanych na serwerze, a także stosowanie procedur zapewniających bezpieczeństwo danych poufnych w sieci informatycznej przedsiębiorstwa. Dodatkowo, jak wykazano w uzasadnieniu, w spółce Gülermak wprowadzone zostały mechanizmy ochrony informacji poufnych w postaci dokumentów, które przestrzegać (podpisać) muszą wszystkie osoby zatrudnione przede wszystkim w dziale ofertowania w Gülermak.

Odwołujący Gülermak zwrócił uwagę, że przedłożył również w tym zakresie stosowne dowody, takie jak m.in.:

1) zasady obiegu informacji oraz dokumentów wrażliwych oraz poufnych – tajemnica przedsiębiorstwa;

2) przykładowe oświadczenie składne przez pracowników Gülermak;

3) umowy o zachowaniu poufności;

4) oświadczenie Gülermak dot. ochrony informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w strukturach spółki.

W ocenie Odwołującego Gülermak, nie można mieć jakichkolwiek uwag do czynności podjętych przez Odwołującego, który przy zaangażowaniu wszelkich możliwych środków, nie tylko wykazał, ale i wręcz udowodnił, że Tajemnica Przedsiębiorstwa Gülermak jest właściwie chroniona oraz dostęp do przedmiotowych informacji nie jest nieograniczony.

Odwołujący Gülermak podniósł ponadto, że Zamawiający podejmując decyzję
o odtajnieniu zastrzeżonych dokumentów całkowicie zignorował regulacje Rozporządzenia ws. subsydiów zagranicznych, zgodnie z którym nie on jest uprawniony do decydowania
odnośnie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie oświadczenia o subsydiach.

Jak wskazał Odwołujący Gülermak, nie budzi wątpliwości, iż Rozporządzenie ws. subsydiów zagranicznych reguluje zasady i procedury prowadzenia postępowań w sprawie subsydiów zagranicznych. Potwierdza to m.in. art. 1 tego rozporządzenia (oraz jego motyw 7): „Celem niniejszego rozporządzenia jest przyczynienie się do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego poprzez ustanowienie zharmonizowanych ram eliminowania zakłóceń wywołanych, bezpośrednio lub pośrednio, przez subsydia zagraniczne, z myślą o zapewnieniu równych warunków działania. W niniejszym rozporządzeniu określono zasady i procedury prowadzenia postępowań w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny oraz kompensowania takich zakłóceń.”.

Odwołujący Gülermak zauważył, że Rozporządzenie (i żaden inny akt prawny) nakłada na wykonawców złożenie stosownego oświadczenia, o ile są spełnione odpowiednie przesłanki (np. wartość zamówienia osiąga odpowiedni pułap). Wynika to m.in. z motywu 40 Rozporządzenia ws. subsydiów zagranicznych: „Komisja powinna być uprawniona do tego, aby po otrzymaniu zgłoszenia przed udzieleniem zamówienia zbadać informacje na temat zagranicznych wkładów finansowych na rzecz uczestniczącego wykonawcy w kontekście postępowania o udzielenie zamówienia. Uprzednie zgłoszenia powinny być obowiązkowe powyżej progu określonego w niniejszym rozporządzeniu w celu uwzględnienia przypadków istotnych pod względem gospodarczym przy jednoczesnej minimalizacji obciążeń administracyjnych i bez utrudniania udziału MŚP w zamówieniach publicznych. Wspomniany obowiązek uprzedniego zgłoszenia powyżej pewnego progu powinien mieć zastosowanie również do grup wykonawców, o których mowa w art. 26 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE 6 , art. 19 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE 7 oraz art. 37 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE8. Komisja ma prawo zażądać uprzedniego zgłoszenia zagranicznego wkładu finansowego podczas postępowania o udzielenie zamówienia także wtedy, gdy szacunkowa wartość tego zamówienia nie przekracza progów powodujących obowiązek zgłoszenia.

Komisja powinna dążyć do ograniczenia ingerowania w postępowania o udzielenie zamówienia, biorąc pod uwagę bliskość terminu udzielenia zamówienia przy podejmowaniu decyzji w sprawie żądania uprzedniego zgłoszenia.”.

Podobnie motyw 7: „Komisja powinna być uprawniona do zbadania z własnej inicjatywy każdego subsydium zagranicznego w stopniu, w jakim wchodzi ono w zakres stosowania niniejszego rozporządzenia, w dowolnym sektorze gospodarki, opierając się na informacjach ze wszystkich dostępnych źródeł. W celu zapewnienia skutecznej kontroli, w szczególnym przypadku dużych koncentracji (połączenia i przejęcia) oraz postępowań o udzielenie zamówienia przekraczających określone progi, Komisja powinna być uprawniona do przeprowadzania przeglądu subsydiów zagranicznych na podstawie wcześniejszego zgłoszenia przedłożonego jej przez dane przedsiębiorstwo.”.

Jednocześnie, jak zauważył Odwołujący Gülermak, z licznych przepisów Rozporządzenia ws. subsydiów zagranicznych wynika, że wykonawcy mają prawo zastrzegać informacje jako poufne czy też stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wynika to m.in.
z motywu 65 i art. 42 ust. 4: „Prawo dostępu do dokumentacji jest ograniczone uzasadnionym interesem przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw w odniesieniu do ochrony ich tajemnic przedsiębiorstwa i innych informacji poufnych. Komisja może zwrócić się do przedsiębiorstwa objętego postępowaniem oraz przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw, które przekazały informacje Komisji, o porozumienie się w sprawie warunków ujawniania informacji. W przypadku braku porozumienia między przedsiębiorstwami lub związkami przedsiębiorstw co do tych warunków Komisja jest uprawniona do określenia warunków ujawniania informacji.”.

Jak wskazał Odwołujący Gülermak, dla powyższego istotna jest również treść art. 43 Rozporządzenia, gdyż ukazuje on, iż: „Państwa członkowskie oraz Komisja, ich urzędnicy i inne osoby pracujące pod ich nadzorem zapewniają ochronę informacji poufnych uzyskanych podczas stosowania niniejszego rozporządzenia zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami. W tym celu nie ujawniają one informacji objętych obowiązkiem zachowania tajemnicy zawodowej uzyskanych na podstawie niniejszego rozporządzenia.”. Odwołujący podkreślił, że nie chodzi przy tym o przepisy ustawy Pzp, jak wskazuje Zamawiający, ale przepisy Rozporządzenia ws. subsydiów zagranicznych. Potwierdza to także wyłączne uprawnienie Komisji do decydowania na gruncie Rozporządzenia i prowadzonej procedury – jak to wskazano w motywie 8: „Aby zapewnić równe warunki działania na całym rynku wewnętrznym oraz spójność w stosowaniu niniejszego rozporządzenia, Komisja jest jedynym organem właściwym do stosowania niniejszego rozporządzenia.”.

Dodatkowo, Odwołujący Gülermak podał, że w orzecznictwie polskich sądów, w tym Sądu Najwyższego, zasadniczo nie budzi wątpliwości, iż: „Art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji przewidują pierwszeństwo stosowania umów międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie albo umowy konstytuującej organizację międzynarodową przewidującej, że prawo przez nią stanowione jest stosowane bezpośrednio, przed ustawami. (…) Z prawa pierwotnego Unii Europejskiej wynikają m.in. zasady bezpośredniego skutku oraz pierwszeństwa prawa Unii, które stanowią fundament tego prawa. Zasada bezpośredniego skutku oznacza, że z prawa Unii Europejskiej wynikają nie tylko obowiązki państw jej członków, ale także prawa dla jednostek (prawa podmiotowe), na które mogą one powoływać się bezpośrednio przed sądami krajowymi i europejskimi nawet wtedy, gdy w prawie krajowym nie ma odpowiedniej, podobnej regulacji.”.

Odwołujący Gülermak stwierdził, że powyższe jest o tyle istotne, o ile z treści przywołanych przepisów lub motywów Rozporządzenia ws. subsydiów zagranicznych wyraźnie wynika, iż: (1) rozporządzenie ustanawia zasady i procedury prowadzenia postępowań w sprawie subsydiów zagranicznych (motyw 7; art. 1), w ramach i na potrzeby których (2) żąda się zgłoszenia zagranicznych subsydiów w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a Komisja jest jedynym organem właściwym do badania zgłoszenia lub stosowania Rozporządzenia ws. subsydiów zagranicznych (motyw 8 i 40; art. 28 i 29),
w tym (3) podjęcia decyzji o tym, w jakim zakresie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa można ujawnić (motyw 65 i art. 42 ust. 4) , a zatem (4) odstąpić od uzasadnionego interesu przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw w odniesieniu do ochrony ich tajemnic przedsiębiorstwa i innych informacji poufnych (art. 42 ust. 4), co wskazuje, że – po pierwsze – oświadczenie w sprawie subsydiów nie jest „częścią oferty” i nie jest składane na potrzeby/w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, a postępowania ustalonego w Rozporządzeniu ws. subsydiów zagranicznych – po drugie – nawet gdyby tak było, należy uwzględnić prymat prawa UE względem ustawy Pzp, gdyż nie da się jednocześnie twierdzić, iż wyłącznie właściwa jest Komisja, a jednocześnie przyznać tożsame prawo Zamawiającemu (do decydowania o tajemnicy przedsiębiorstwa). Objęcie przy tym oświadczenia rozporządzeniem oznacza, że to ten akt prawa znajduje do niego zastosowania, a zatem wyłącznie właściwa w tej sprawie jest Komisja.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy China Harbour Engineering Co. Ltd. z siedzibą

w Pekinie (Chińska Republika Ludowa), wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie i DOĞUŞ İNŞAAT VE TİCARET A.Ş z siedzibą w Stambule (Turcja), wykonawcy wspólnie ubiegając się
o udzielenie zamówienia: TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu i MIRBUD S.A. z siedzibą
w Skierniewicach oraz wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie.

Sygn. akt KIO 422/25:

W dniu 3 lutego 2025 r. wykonawca China Harbour Engineering Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie w Chińskiej Republice Ludowej (dalej: „Odwołujący China Harbour", „Odwołujący", „Wykonawca", „Spółka") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

1) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk przez naruszenie tych przepisów i uznanie w sposób z nimi niezgodny i nieuzasadniony, że informacje zawarte w Załączniku 17 do specyfikacji warunków zamówienia w ramach Postępowania nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego; oraz:

2) art. 42 ust 4 w zw. z art. 43 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny przez niezgodne z prawem niezastosowanie się do bezwzględnie obowiązujących wymogów wynikających z tych przepisów.

Odwołujący wniósł o:

1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą Odwołania oraz jego uwzględnienie w całości;

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania, przywołanych w treści odwołania oraz przedłożonych w toku postępowania odwoławczego – na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego;

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia zawiadomienia o odtajnieniu w części dotyczącej informacji przedłożonych przez Wykonawcę w Załączniku 17 do SWZ oraz nakazanie Zamawiającemu uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy oraz informacje poufne w rozumieniu Rozporządzenia ws. subsydiów zagranicznych informacji przedłożonych przez Wykonawcę w Załączniku 17 do SWZ oraz nieujawniania ich podmiotom trzecim; oraz

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący China Harbour zakwestionował wnioski Zamawiającego dotyczące informacji zawartych w Załączniku nr 17 do SWZ („Informacje Poufne") przedstawione
w zawiadomieniu z dnia 23 stycznia 2025 r. W ocenie Odwołującego China Harbour, Zamawiający błędnie wskazał, że Odwołujący nie wykazał, nie udowodnił, że zastrzeżone przez niego informacje poufne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w związku z tym – że po upływie terminu na wniesienie odwołania od Zawiadomienia ujawni je wykonawcom, którzy złożyli lub złożą wniosek o dostęp do treści oferty Odwołującego. Zdaniem Odwołującego China Harbour, Zamawiający dokonał nieprawidłowej wykładni art. 18 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk oraz nie zastosował w sposób wymagany prawem bezpośrednio skutecznych przepisów Rozporządzenia o charakterze imperatywnym, tzn. art. 42 ust. 4 oraz art. 43 ust.
1-2.

Odwołujący China Harbour stwierdził, że w Oświadczeniu o zastrzeżeniu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 19 grudnia 2024 r. wskazał, że informacje poufne mają (i) charakter organizacyjny, (ii) posiadają dla Odwołującego wartość gospodarczą, (iii) nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne dla osób trzecich zajmujących się tym rodzajem informacji, a także (iv) że podjął z zachowaniem należytej staranności działania zmierzające do utrzymania informacji poufnych w poufności. Odwołujący opisał także w Oświadczeniu charakter informacji poufnych potwierdzający spełnienie powyżej wskazanych przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 Uznk. W ocenie Odwołującego China Harbour, takie uzasadnienie zastrzeżenia informacji poufnych nie ma charakteru ogólnikowego oraz w sposób pełny
i wystarczający uzasadnia zastrzeżenie informacji poufnych jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego.

Odwołujący China Harbour zwrócił uwagę, że zastrzeżenie dotyczy informacji opisujących operacyjną stronę współpracy w grupie Spółki oraz związane z nią kwestie komercyjne, a także niepubliczne dokumenty finansowe Spółki oraz CFH. Zdaniem Odwołującego China Harbour, wskazanie, że tego rodzaju informacje posiadają dla Odwołującego wartość gospodarczą i spełniają pozostałe przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 Uznk jest w zupełności wystarczające i

umożliwia Zamawiającemu dokonanie weryfikacji tych przesłanek w sposób obiektywny. Jak podkreślił Odwołujący China Harbour, jasnym jest, że niepubliczne dokumenty finansowe, a także opis sposobu działania grupy Odwołującego, uwzględniający kwestie komercyjne, spełnia te przesłanki i nie wymaga to dodatkowej argumentacji. Z uwagi na charakter tego rodzaju informacji, wskazany przez Odwołującego
w Oświadczeniu, jakikolwiek dostęp jego konkurentów do tego rodzaju informacji stanowiłby naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego oraz jego interesów. Odwołujący China Harbour zwrócił uwagę, że Zamawiający ma możliwość dokonania obiektywnej oceny powyższego stanu rzeczy na podstawie informacji przedłożonych przez Odwołującego
w Oświadczeniu.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego China Harbour, Zamawiający dokonał nieprawidłowej wykładni art. 18 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk.

Wskazując na błędne niezastosowanie przez Zamawiającego art. 42 ust. 4 oraz art. 43 ust. 1-2 Rozporządzenia ws. subsydiów zagranicznych Odwołujący China Harbour argumentował, że ewentualna możliwość odtajnienia informacji zastrzeganych przez Odwołującego jako poufne pozostaje w kompetencji Komisji (a nie Zamawiającego) – por. art. 42 w zw. z motywem (66) Rozporządzenia. Szczegółowe warunki ewentualnego ujawniania informacji mających zdaniem Odwołującego China Harbour charakter poufny przez Komisję zostały przedstawione w art. 18 oraz 19 Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2023/1441 z dnia 10 lipca 2023 r. w sprawie szczegółowych ustaleń dotyczących prowadzenia przez Komisję postępowań na podstawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny.

Odwołujący China Harbour w kontekście informacji ujawnianych na podstawie Rozporządzenia ws. subsydiów zagranicznych podniósł, że pojęcie informacji poufnych ma znaczenie nadane mu przez prawo unijne, szersze od zakresu pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa, które również, w obecnym stanie prawnym, ma swoją genezę w prawie UE (por. art. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem). W celu zapewnienia skuteczności art. 43 Rozporządzenia ws. subsydiów zagranicznych nie jest zatem konieczne ani możliwe odnoszenie się do przesłanek z art. 11 Uznk w celu oceny poufnego charakteru zastrzeganych informacji poufnych – zakres ochrony przyznawany przez art. 43 ww. Rozporządzenia nie ogranicza się bowiem wyłącznie do tajemnicy przedsiębiorstwa i dotyczy „informacji poufnych". Zdaniem Odwołującego China Harbour, Odwołujący nie był zobowiązany, na podstawie Rozporządzenia ws. subsydiów zagranicznych, do bardziej szczegółowego wykazywania poufnego charakteru informacji poufnych, z uwagi na ich zakres i cechy. Nie ulega wątpliwości, że informacje poufne są informacjami poufnymi w rozumieniu ww. Rozporządzenia, w szczególności – dotyczą one przedsiębiorstwa Odwołującego i jego (poufnych) stosunków handlowych.

Jak zauważył Odwołujący China Harbour, informacje poufne są informacjami poufnymi w rozumieniu art. 43 Rozporządzenia ws. subsydiów zagranicznych nawet bez konieczności ich zastrzegania przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przedmiotowy przepis nakłada bowiem na Zamawiającego obowiązek ochrony informacji poufnych uzyskanych
w toku stosowania Rozporządzenia oraz wykorzystywania ich wyłącznie do celów, do których je uzyskano (tzn. do oceny zgodności działalności Odwołującego z wymogami Rozporządzenia, ewentualnie – przekazania ich Komisji) i nieujawniania ich podmiotom zewnętrznym. W tym kontekście zastrzeżenie informacji poufnych jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego ma jedynie charakter deklaratywny – celem takiego zastrzeżenia jest wskazanie przez Odwołującego Zamawiającemu poufnego charakteru informacji poufnych (a tym samym – konieczności ich ochrony przez Zamawiającego). Odwołujący China Harbour podkreślił, że na Zamawiającym, jako podmiocie zamawiającym w
rozumieniu przepisów prawa UE oraz emanacji państwa ciąży obowiązek stosowania przepisów Rozporządzenia ws. subsydiów zagranicznych, w tym art. 43, oraz, wynikający wprost z tego przepisu, obowiązek ochrony informacji poufnych i zachowania ich w poufności. Zamawiający powinien w każdym przypadku zapewnić pełną skuteczność i pierwszeństwo stosowania przed prawem krajowym norm wynikających z bezpośrednio skutecznych przepisów prawa UE oraz nie stosować sprzecznych z nimi norm wynikających z prawa krajowego, co potwierdza utrwalone orzecznictwo

Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (por. np. wyrok TS z dnia 22 czerwca 1989 - Fratelli Costanzo SpA przeciwko Comune di Milano, sygn. sprawy: C-103/88, akapit 28-33 wyroku). Odwołujący China Harbour zauważył, że w zakresie tego obowiązku Zamawiającego mieści się także obowiązek do ochrony uprawnień Odwołującego wynikających z art. 43 Rozporządzenia – tzn. do: (i) zachowania poufności Informacji Poufnych w procedurze o udzielenie zamówienia publicznego, w tym (ii) do ich nieodtajniania na podstawie przepisów prawa krajowego. Odwołujący China Harbour podkreślił, że wyłączną kompetencję do ewentualnego odtajnienia informacji poufnych posiada Komisja, a nie Zamawiający (por. art. 42 w zw. z motywem (66) Rozporządzenia).

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie i DOĞUŞ İNŞAAT VE TİCARET A.Ş z siedzibą w Stambu (Turcja), wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu i MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach oraz wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 17 lutego 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 413/25, w której oświadczył, że uwzględnia zarzut nr 2, tj. zarzut naruszenia art. 42 ust. 4 akapit drugi i trzeci oraz art. 43, 29 ust. 2, 4 i 8 i art. 1 oraz motywów 7, 8, 40 i 65 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022 /2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (Dz. U. z UE. L/ z 2022 r. Nr 330, str. 1 z późn. zm.) w zw. z art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji RP. Zamawiający wniósł o oddalenia odwołania w pozostałym zakresie.

Sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w ww. części złożyło Konsorcjum Torpol.

W dniu 17 lutego 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 422/25, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Sprzeciw wobec ww. czynności Zamawiającego wniosło Konsorcjum Torpol.

W toku rozprawy Odwołujący Gülermak wycofał zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przez ujawnienie złożonych przez Odwołującego wykazów osób.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołujących możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołujących na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że oba odwołania, w zakresie, w jakim podlegały rozpoznaniu, dotyczą uprawnienia Zamawiającego do badania zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez wykonawców oświadczeń składanych na podstawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022 /2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (Dz. U. z UE. L/ z 2022 r. Nr 330, str. 1 z późn. zm.) („Rozporządzenie") na wzorze Załącznika nr 17 SWZ – Formularz zgłoszenia subsydiów zagranicznych („Oświadczenie w sprawie subsydiów").

W Rozdziale VII pkt 10-12 SWZ Zamawiający poinformował wykonawców, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy objęci są obowiązkiem złożenia zgłoszenia lub oświadczenia na podstawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny:

„10. Zamawiający informuje, że w niniejszym Postępowaniu, na podstawie art. 29 ust. 1 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (dalej jako: „Rozporządzenie") Wykonawcy objęci są obowiązkiem złożenia:

a) zgłoszenia - jeżeli otrzymali zagraniczne wkłady finansowe, o których mowa w art. 28 ust. 1 pkt b) Rozporządzenia4.

b) oświadczenia – jeżeli nie otrzymali wkładów finansowych określonych w art. 28 ust. 1 pkt b) Rozporządzenia.

Wykonawca zobowiązany jest złożyć zgłoszenie, jeżeli łączna wartość części, na które składa ofertę jest równa lub wyższa niż 125 mln euro netto.

Zgłoszenie należy złożyć wraz z ofertą na formularzu stanowiącym Załącznik nr 17 do SWZ oraz zgodnie z wymogami określonymi w Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) nr 2023/1441 z dnia 10 lipca 2023 r. w sprawie szczegółowych zasad prowadzenia przez Komisję postępowań na podstawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (dalej jako: „Rozporządzenie wykonawcze"), w szczególności w Załączniku II do tego rozporządzenia. Rozporządzenie wykonawcze stanowi Załącznik nr 16 do SWZ.

Wykonawca przedkłada zgłoszenie w imieniu własnym (w tym także w zakresie jego spółek zależnych bez autonomii handlowej, jego spółek holdingowych), członków konsorcjum, głównych podwykonawców oraz głównych dostawców na jednym formularzu. Wykonawca nie przedkłada odrębnych formularzy w imieniu tych podmiotów.

Za głównego podwykonawcę lub głównego dostawcę uznaje się podwykonawcę lub dostawcę który jest znany na etapie składania oferty, w przypadku gdy ich uczestnictwo zapewnia kluczowe elementy realizacji Zamówienia oraz w każdym przypadku gdy udział ekonomiczny jego wkładu przekracza 20% wartości złożonej oferty.

11. W przypadku, jeśli Wykonawca (w tym jego spółki zależne bez autonomii handlowej, jego spółki holdingowe, oraz jego główni podwykonawcy i dostawcy wskazani w ofercie), nie spełnia określonych w art. 28 ust. 1 pkt b Rozporządzenia przesłanek złożenia zgłoszenia, Wykonawca zamiast zgłoszenia składa wraz z ofertą oświadczenie. Oświadczenie należy złożyć na formularzu stanowiącym Załącznik nr 17 do SWZ oraz zgodnie z wymogami określonymi w Rozporządzeniu wykonawczym, w szczególności w Załączniku II do tego Rozporządzenia wykonawczego. W takim przypadku Wykonawca wypełnia tylko sekcję 1, 2, 7 i 8 formularza, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym.

Wykonawcy zobowiązani są wymienić w oświadczeniu wszystkie otrzymane zagraniczne wkłady finansowe i potwierdzić, że otrzymane zagraniczne wkłady finansowe nie podlegają zgłoszeniu zgodnie z art. 28 ust. 1 lit. b) Rozporządzenia.

12. W przypadku niezłożenia zgłoszenia lub oświadczenia, o których mowa w Rozdziale VII ust. 10 i 11 SWZ Zamawiający na podstawie art. 29 ust. 3 Rozporządzenia zwróci się do Wykonawcy o uzupełnienie dokumentu w terminie 10 dni roboczych. Brak uzupełnienia dokumentu w wyznaczonym terminie będzie skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 3 Rozporządzenia.".

Formularz zgłoszenia subsydium zagranicznego stanowi Załącznik nr 17 do SWZ.

Odwołujący Gülermak oraz OdwołującyChina Harbour Engineering złożyli wymagane zgłoszenia, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie rozpoznawanych zarzutów Izba uznała oba odwołania za zasadne.

Podstawę wymogu złożenia spornych zgłoszeń stanowi Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny. Przepisy rozporządzenia mają przeciwdziałać zakłóceniom rynku wewnętrznego UE powodowanym przez subsydia zagraniczne. Uprawniają one Komisję Europejską do badania wkładów finansowych przyznawanych przez państwa spoza UE przedsiębiorstwom prowadzącym działalność gospodarczą na terenie Unii, w tym ubiegającym się o zamówienia publiczne, oraz do nakładania środków kompensacyjnych na wykonawców korzystających z zakłócających rynek wewnętrzny subsydiów zagranicznych.

Ww. rozporządzenie skierowane jest do Komisji Europejskiej, to Komisja Europejska jest jedynym organem właściwym do stosowania rozporządzenia (motyw 8 rozporządzenia). Przepisy rozporządzenia w sprawie subsydiów zagranicznych pozostają niejako na zewnątrz procedury udzielania zamówień publicznych, nie modyfikują przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych, pozostają bez wpływu na prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a co najwyżej to Komisji dają uprawnienia do podejmowania czynności wpływających na przebieg postępowania, w którym zachodzi potrzeba zbadania przez ten organ subsydiów udzielonych wykonawcy. Przykładem może być uregulowanie art. 29 ust. 7 Rozporządzenia: „W przypadku gdy podczas analizowania ofert instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający podejrzewają istnienie subsydiów zagranicznych, mimo iż zostało przedłożone oświadczenie, niezwłocznie informują o takich podejrzeniach Komisję. Bez uszczerbku dla określonych w dyrektywach 2014/24/UE i 2014/25/UE uprawnień instytucji zamawiających lub podmiotów zamawiających, w celu przeanalizowania, czy dana oferta jest rażąco tania, instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający nie dokonują oceny, czy dana oferta jest rażąco tania, w przypadku gdy taka ocena byłaby wszczęta wyłącznie na podstawie podejrzeń wskazujących na możliwe istnienie subsydiów zagranicznych. W przypadku gdy Komisja stwierdza, że dana oferta nie jest niezasadnie korzystna w rozumieniu niniejszego rozporządzenia, powiadamia o tym odpowiednią instytucję zamawiającą lub odpowiedni podmiot zamawiający. Inne osoby prawne lub fizyczne mogą

zgłaszać Komisji informacje dotyczące subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny i mogą informować o podejrzeniach, że prawdopodobnie przedłożono fałszywe oświadczeń".

Na mocy rozporządzenia w sprawie subsydiów zagranicznych zamawiający jedynie informuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia (w przypadku postępowań bez uprzedniej publikacji), że wykonawcy objęci są obowiązkiem zgłoszeniowym określonym w art. 29 rozporządzenia. Jednak brak takiej informacji jest bez uszczerbku dla stosowania rozporządzenia w odniesieniu do zamówień wchodzących w zakres jego stosowania (art. 28 ust. 6 rozporządzenia). Po złożeniu zgłoszenia przez wykonawcę zamawiający niezwłocznie przekazuje je KE (art. 29 ust. 2 rozporządzenia). Rozporządzenie w sprawie subsydiów zagranicznych nie ustanawia obowiązku zamawiającego badania spornych oświadczeń, na żadnym etapie postępowania nie spoczywa na zamawiającym obowiązek analizowania treści złożonych zgłoszeń.

Przepisy ww. rozporządzenia stanowią, że w przypadku oznaczenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę, Komisja Europejska ma możliwość podjęcia decyzji o tym, w jakim zakresie informacje te można ujawnić, jeśli uzna, że nie są one objęte tajemnicą. Wykonawca może przy tym skorzystać z ochrony prawnej w tym zakresie (motyw 65, art. 42 ust. 4 rozporządzenia).

Regulacje w tym przedmiocie zawiera również Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2023/1441 z dnia 10 lipca 2023 r. w sprawie szczegółowych ustaleń dotyczących prowadzenia przez Komisję postępowań na podstawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (dalej: „rozporządzenie wykonawcze"). Zgodnie z art. 19 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego, „O ile art. 20 niniejszego rozporządzenia i art. 42 rozporządzenia (UE) 2022/2560 nie stanowią inaczej oraz bez uszczerbku dla ust. 6, Komisja nie ujawnia informacji, w tym dokumentów, w zakresie, w jakim zawierają one tajemnice handlowe lub inne informacje poufne, ani nie udziela dostępu do nich.".

Na podstawie art. 19 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego, Komisja może żądać od przekazujących informacje, aby dostarczyli dokumenty lub inne informacje na podstawie rozporządzenia (UE) 2022/2560:

a) w celu wskazania dokumentów lub części dokumentów lub innych informacji, które ich zdaniem zawierają tajemnice przedsiębiorstwa lub inne informacje poufne;

b) w celu wskazania osób, w odniesieniu do których te dokumenty lub inne informacje uznaje się za poufne;

c) w celu uzasadnienia ich wniosków dotyczących tajemnic przedsiębiorstwa i innych informacji poufnych w odniesieniu do każdego dokumentu lub części dokumentu, lub innych informacji;

d) w celu dostarczenia Komisji nieopatrzonej klauzulą poufności wersji dokumentów lub części dokumentów, lub innych informacji, w których tajemnice przedsiębiorstwa i inne informacje poufne są utajnione w sposób jasny i zrozumiały;

e) w celu przedstawienia zwięzłego, niepoufnego i jasnego opisu każdej utajnionej informacji.

Dalszą procedurę reguluje art. 19 ust. 5 rozporządzenia wykonawczego, zgodnie z którym „Jeśli Komisja uzna, że określone informacje, mające zdaniem przekazującego informacje lub przedsiębiorstwo objęte postępowaniem charakter poufny, mogą zostać ujawnione, bądź dlatego że informacje te nie stanowią tajemnicy handlowej ani innych informacji poufnych, bądź dlatego że istnieje nadrzędny interes uzasadniający ich ujawnienie, Komisja informuje przekazującego informacje lub przedsiębiorstwo objęte postępowaniem, że zamierza ujawnić takie informacje. Jeżeli przekazujący informacje lub przedsiębiorstwo objęte postępowaniem zgłosi sprzeciw w ciągu pięciu dni roboczych od poinformowania go o zamiarze Komisji, Komisja może przyjąć decyzję określającą termin, po którym informacje zostaną ujawnione, a w przypadku ust. 4, termin publikacji skróconego zawiadomienia lub decyzji. Termin ten nie może być krótszy niż pięć dni roboczych od daty powiadomienia o decyzji Komisji. O decyzji powiadamia się zainteresowaną osobę fizyczną lub prawną.".

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że organem właściwym do oceny zasadności zastrzeżenia informacji podanych w zgłoszeniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyłącznie Komisja Europejska, która może tego dokonać w toku procedury przewidzianej ww. aktami prawnymi. W konsekwencji, na Zamawiającym nie spoczywa obowiązek badania zasadności zastrzeżenia informacji podanych w zgłoszeniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów podniesionych przez Odwołującego Gülermak odnośnie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (Załącznik nr 12 do SWZ) oraz odnośnie wykazu osób na potrzeby kryteriów jakościowych oceny ofert (Załącznik nr 14 do SWZ), jako że zostały one wycofane przez wykonawcę w toku postępowania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 2 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. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Jak stanowi art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak stanowi § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi uczestnik postępowania wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.
W takiej sytuacji Izba zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

W świetle powyższych regulacji, mając na uwadze, że rozpoznaniu podlegały wyłącznie zarzuty w zakresie, w jakim Zamawiający uwzględnił odwołanie, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego uczestnika wnoszącego sprzeciw - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu
i MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach nakazując zapłatę na rzecz Odwołujących poniesionych przez tych wykonawców kosztów postępowania.

Przewodnicząca:……..

……..

……..