

Sygn. akt KIO 3128/23

WYROK
z dnia 9 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2023 r. przez wykonawcę

JT S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Płochocińska 111, 03-044 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, ul Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **ZRUG Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Stanisława Taczaka 13/3, 61-819 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3128/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **JT S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Płochocińska 111, 03-044 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

JT S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Płochocińska 111, 03-044 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy **JT S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Płochocińska 111, 03-044 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, ul Mszczonowska 4,**

02-337 Warszawa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3128/23

Uzasadnienie

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym” działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „ Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN700 MOP 8, 4MPa relacji Racibórz – Oświęcim wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi oraz budowa Systemowej Stacji Redukcyjno –Pomiarowej SSRP Suszec wraz z odgałęzieniem DN300. Odcinek L1 SNO Stańkowice -ZZU Ochojec”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 047-139251.

W dniu 23 października 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca JT S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, jakiej dopuścił się Zamawiający w ramach postępowania, tj. czynności odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20.07.2023 r. we fragmentach bądź częściach oznaczonych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” oraz informacje zawarte w dokumentach składanych do pisma jako jego dowody bądź załączniki oraz wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 04.09.2023 r. w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym załącznikach do Wyjaśnień RNC.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „uznk”, oraz w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odtajnienie złożonych przez Odwołującego Wyjaśnień RNC.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności odtajnienia Wyjaśnień RNC oraz powtórzenia czynności oceny ofert a także o zasądzenie od

Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Interes ten należy rozpatrywać na dwóch płaszczyznach – w obrębie niniejszego postępowania, a także szerzej – poza nim. Odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu ofertę, która w rankingu ofert uplasowała się na pozycji 2-iej, z łączną ilością 96,13 punktów. Będący na pierwszym miejscu wykonawca ZRUG Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwany dalej „wykonawcą ZRUG”, nie zawarł jeszcze umowy, w dalszym ciągu nie upłynął jeszcze termin do zaskarżenia wyboru wykonawcy ZRUG jako oferty najkorzystniejszej. Tym samym Odwołujący w dalszym ciągu zachowuje szansę na pozyskanie zamówienia. W interesie Odwołującego pozostaje, by złożone przez niego Wyjaśnienia RNC pozostały utajnione. Uniemożliwia to konkurencji złożenie odwołań dążących do zmiany wyniku postępowania, a tym samym utraty szansy pozyskania zamówienia przez Odwołującego. W oczywisty sposób utrata takiej szansy powodowałaby szkodę po stronie Odwołującego. A ponadto niniejsze odwołanie zmierza także do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej w postępowaniu i na jego potrzeby. Czynność ta (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa), w ocenie Odwołującego zgodna z prawem, powinna się ostać, albowiem chroni słuszne prawa wykonawcy JT. W szerszej perspektywie, chociaż Wyjaśnienia RNC dotyczą niniejszego postępowania, to jednak zawarte w nich treści – niedostępne dla innych wykonawców na rynku gazociągowych – pozwalają Odwołującemu na budowanie swojej pozycji na rynku i wypracowanie przewagi nad pozostałymi podmiotami. Odtajnienie tych informacji i zapoznanie się z nimi przez innych wykonawców spowoduje utratę przewagi konkurencyjnej, co przełoży się na mniejsze szanse na pozyskanie kolejnych zamówień. Mniejsze szanse na pozyskanie zamówienia czy nawet niepozyskanie jakiegoś zamówienia prowadziłyby do szkody po stronie Odwołującego. Tym samym Odwołujący niewątpliwie posiada interes konieczny do skutecznego wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołujący podniósł także, że wyrokiem z dnia 10.10.2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 2824/23 uwzględniła w całości odwołanie Odwołującego, nakazując odtajnienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ZRUG wraz z załącznikami oraz ponowne badanie i ocenę ofert.

W dniu 11.10.2023 r., dzień po wydaniu wyroku, Zamawiający dokonał ponownego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ZRUG. Jednocześnie zdecydował o odtajnieniu Wyjaśnień RNC Odwołującego. Odwołujący podkreślił także, że mimo złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny także przez innych wykonawców, po wyroku w sprawie KIO 2824/23 obok narzuconego wyrokiem odtajnienia wyjaśnień ZRUG, odtajnione zostały jedynie Wyjaśnienia RNC. Odtajnienie to jest całkowicie niezasadne.

Odwołujący wskazał przede wszystkim na informację Zamawiającego o odtajnieniu Wyjaśnień RNC. Mimo dość sporej obszerności tekstu (10,5 strony) do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Odwołującego odnoszą się dosłownie 2-3 akapity. Pozostałe strony zawierają liczne orzecznictwo, przytoczenie przepisów i ogólniki, które można odnieść do dowolnego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający m.in. kilkakrotnie wskazuje warunki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa: (s. 4, 5 i 8 informacji o odtajnieniu).

Oprócz tego Zamawiający odnosi się także m.in. do informacji, które nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Istotne jest jednak to, że Odwołujący nie podejmował próby zastrzeżenia takich informacji (fragment s. 6 informacji o odtajnieniu).

Fragmenty, do których odwoływał się Odwołujący, zostały przez niego przytoczone, by zwrócić uwagę, że większość pisma Zamawiającego z dnia 11.10.2023 r. to bazujący na przytaczaniu orzeczeń, stanowisk doktryny i ogólników schemat, który można odnieść do każdego zastrzeżenia i z którym nie sposób polemizować. Odwołujący nie zaprzeczał ustawowym warunkom, które muszą spełniać informacje, by zostać uznanymi za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie polemizował również z wyrokami sądów, które negują możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa odpisu z KRS, ponieważ nie podjął nawet próby zastrzeżenia takiej informacji.

W rzeczywisty, konkretny sposób do treści uzasadnienia Zamawiający odniósł się na dwóch ostatnich stronach, wskazując na rzekomy brak wykazania jaką konkretną wartość mają zastrzeżone informacje dla Odwołującego, brak wykazania zachowania informacji w poufności i powiązane z tym brak dowodów oraz ogólnikowość uzasadnienia. To te argumenty stanowią realne uzasadnienie odtajnienia Wyjaśnień RNC i tylko do nich Odwołujący się odniósł, podnosząc ich niezasadność. Wykazanie np. charakteru zastrzeganych informacji nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego i w związku z tym stwierdzić należy, że te przesłanki zostały wykazane przez Odwołującego.

Odnosnie rzekomego braku wykazania wartości gospodarczej Odwołujący podniósł, że Zamawiający w nieuprawniony sposób oczekuje, że wykonawca przedstawi konkretną kwotę pieniężną, która miałaby stanowić wartość zastrzeganych informacji. Tylko w taki sposób należy rozumieć zarzut Zamawiającego „braku wykazania konkretnej wartości jakie mają zastrzegane informacje”. Takie oczekiwanie z jednej strony nie wynika z przepisów, z drugiej natomiast byłoby skazane na niepowodzenie. Wartość gospodarcza nie może być utożsamiana jedynie ze szkodą pieniężną, na którą narażony jest wykonawca na skutek ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę

przedsiębiorstwa. Musi być rozpatrywana w szerszy sposób, nie poprzez wskazanie kwotowo potencjalnej szkody lub w inny sposób wyliczonej kwotowo wartości i w takim kontekście obszernie i niezwykle konkretnie wykazuje ją w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący. Wskazywał m.in. na swoją budowaną latami pozycję na rynku, która pozwala mu na składanie konkurencyjnych ofert (fragment s. 31 uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). W przywołanym fragmencie Odwołujący wyczerpująco wskazał na wartość gospodarczą / handlową zastrzeganych informacji, jednocześnie tłumacząc z jakiego powodu dokonuje tego szerzej niż jedynie poprzez wskazanie konkretnej wartości. W innych fragmentach wskazał też, że sposób kalkulacji cenowej jest owocem lat praktyki, badań rynku, a także doświadczeń i posiadanej wiedzy. Wypracowanie obecnej pozycji, know-how i idąca za tym obecnie możliwość właściwej kalkulacji ofert wymagało od Odwołującego lat nakładów finansowych, osobowych i czasowych. Ujawnienie tych informacji pozwoliłoby zapoznać się z nimi za darmo (w szerokim tego słowa znaczeniu, nie tylko w aspekcie finansowym, ale także czasowym, osobowym) innym wykonawcom, a następnie wykorzystać to w tym lub przyszłych postępowaniach. Takie

wykorzystanie sposobów kalkulacji Przystępującego naraziłoby na zmniejszenie wypracowanej przez niego latami przewagi konkurencyjnej. Jej zmniejszenie byłoby równoznaczne z uprzywilejowaniem innych wykonawców i ułatwienie im kalkulowania swoich ofert w przyszłych postępowaniach.

Jednocześnie podkreślił, że wybrany przez niego sposób wykazywania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji należy uznać za prawidłowy. Próba określenia konkretnej wartości skazana byłaby na niepowodzenie. Po pierwsze, ze względu na różne skutki, które mogłyby wynikać z ujawnienia – pośrednie i bezpośrednie. Także ze względu na sposób wykorzystania tych danych – w przetargu o jakiej skali, przez jaki podmiot, w jakim stopniu. To powoduje, że nie da się określić wprost jednej kwoty, która stanowiłaby szkodę z tytułu ujawnienia tych informacji. Z tego powodu też w umowach o zachowaniu poufności stosuje się najczęściej kary umowne, gdyż określenie szkody jest wysoce utrudnione. Wymaganie określenia konkretnej kwoty byłoby skrajnym formalizmem, który nie odzwierciedlałby rzeczywistości.

Dalej podniósł, że w wyczerpujący, a zarazem skonkretyzowany sposób wykazał wartość gospodarczą, którą posiadają dla niego zastrzegane informacje. Rzeczywiście w jego wyjaśnieniach nie wskazano konkretnej kwotowej wartości pieniężnej tych informacji, ale jak wskazano – brak jest takiej przesłanki w przepisach ustawy, a po drugie byłoby to dużo mniej precyzyjne od wyjaśnień Odwołującego w szeroki sposób ukazujący tą wartość.

Odnosnie rzekomego braku wykazania działań w celu zachowania poufności Odwołujący podniósł, że nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem, że nie wykazał jakie podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności, które zgodnie z poniższym fragmentem informacji o odtajnieniu wydaje się kluczowym argumentem Zamawiającego (fragment s. 8 informacji o odtajnieniu). Odwołujący przedłożył bowiem szereg dowodów, co zaprzecza twierdzeniom Zamawiającego o braku dowodów przedłożonych przez Odwołującego. Po pierwsze, Odwołujący przedłożył wyciąg z regulaminu pracy (załącznik nr 5A do Wyjaśnień RNC), w którym wskazano wśród podstawowych obowiązków pracowników m.in. zachowanie w tajemnicy informacji, których ujawnienie mogłoby narazić Pracodawcę na szkodę (§9 ust. 2 lit. d) czy przestrzeganie tajemnicy dotyczącej Pracodawcy (§9 ust. 2 lit. e). W tym samym regulaminie jako jego ciężkie naruszenie wskazano nieprzestrzeganie obowiązku zachowania tajemnicy służbowej i tajemnicy przedsiębiorstwa Spółki (§46 lit. v). Co istotne, kolejnym załącznikiem była instrukcja wewnętrzna dotycząca sposobu przechowywania informacji niejawnych o klauzuli „poufne” (załącznik nr 6 do Wyjaśnień RNC), mająca zastosowanie także do tajemnicy przedsiębiorstwa. W załączniku tym przedstawiono regulacje dotyczące przechowywania i zabezpieczania danych, które zostały nakreślone w samej treści wyjaśnień. Dodatkowo, załącznik nr 5 stanowiły umowy o pracę zawierane przez Odwołującego, z których również wynika obowiązek zachowania informacji w poufności. Odwołujący przedłożył więc trzy dowody, z których wynikały działania podjęte w celu zachowania poufności, czego w ocenie Zamawiającego – w szczególności nie wykazał. Jasno widać więc bezzasadność argumentu Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że norma art. 18 ust. 3 ustawy Pzp mówi o „wykazaniu” – zresztą, na to pojęcie powołał się Zamawiający w przytoczonym fragmencie informacji o odtajnieniu. Przedłożenie dowodów przez Odwołującego było więc wykazaniem wyżej staranności niż wymagana. Potwierdza to zresztą orzecznictwo – jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21.03.2023 r. (sygn. akt XXIII Zs 19/23) uzasadnienie zastrzeżenia przekazywanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa może opierać się na oświadczeniu wykonawcy, które zawiera przekonującą argumentację, zaś złożenie dowodów należy ocenić pozytywnie, jako działanie mające na celu uwiarygodnienie informacji

zawartych w złożonym oświadczeniu. Przedstawienie przez (...) dowodów potwierdzających argumentację (...) o zasadności dokonywanego zastrzeżenia, tj. dowodów z Zarządzenia jak i zanonimizowanej umowy o pracę (Załączniki nr 2 i 3), świadczy o zachowaniu przez (...) szczególnej staranności, wyższej niż wymagana art. 18 ust. 3 ustawy PZP, która miała na celu wykazanie, że zastrzegane przez (...) informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W przytoczonym fragmencie uzasadnienia wyroku sformułowanie „oświadczenie wykonawcy, które zawiera przekonującą argumentację”, wskazuje, że wystarczającym dla spełnienia warunku wykazania są oświadczenia wykonawcy z przekonującą argumentacją. Niezależnie od przedłożonych dowodów, które jednoznacznie wskazują na bezzasadność argumentu Zamawiającego, Odwołujący w zakresie wykazania działań podjętych w celu zachowania poufności złożył rozbudowane uzasadnienie wraz z przekonującą argumentacją (fragment s. 36-37 uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). Obok więc przedłożonych ww. dowodów, Odwołujący w bardzo konkretny sposób określił działania podjęte w celu zachowania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności. Opisał istniejący u niego system zabezpieczeń, wychodząc także poza przedłożony materiał dowodowy. Wskazał na klauzule zawierane w umowach z kontrahentami i wymagane zapewnienia ochrony od partnerów biznesowych Odwołującego.

Tak więc zarzut Zamawiającego o rzekomym niewykazaniu podjętych przez Odwołującego czynności zmierzających do utrzymania informacji w poufności jest nietrafiony. Odwołujący nie tylko w konkretny i rozbudowany sposób opisał te działania, ale także na ich potwierdzenie przedłożył kilka dowodów. Przesłanka ta została więc należycie wykazana.

Odnosnie rzekomej ogólnikowości Odwołujący podniósł, że twierdzenia Zamawiającego o ogólnikowości uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego są bezzasadne. Odwołujący przedstawił w tym zastrzeżeniu konkretne, sprecyzowane informacje. Przykładowo w przywołanym fragmencie dotyczącym działań podjętych celem zachowania informacji w poufności, Odwołujący wykazał obowiązujący u niego system zabezpieczeń, wskazał także obszernie na obowiązki nakładane na jego pracowników przy realizację zadania. W innym punkcie w bardzo konkretny sposób odniósł się do wartości gospodarczej tych informacji, co zostało przedstawione powyżej. Nie sposób więc uznać za zasadny zarzut Zamawiającego dotyczący ogólnikowości uzasadnienia Odwołującego.

Odnosnie utajnienia ZRUG i innych wykonawców Odwołujący podniósł, że moment odtajnienia Wyjaśnień RNC może wynikać z błędnie pojętego rozumienia zasady równego traktowania wykonawców. Wyjaśnienia RNC zostały odtajnione po ponownym badaniu i ocenie ofert, które nastąpiło po wyroku KIO z odwołania Odwołującego, gdzie Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonymi przez wykonawcę ZRUG. Fakt odtajnienia jednych wyjaśnień nie musi iść w parze z odtajnieniem wyjaśnień innego wykonawcy. W tym celu należy dokonać wnikliwego badania uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez poszczególnych wykonawców. Takie badania jednoznacznie wskazują, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ZRUG nie zasługiwały na żadną ochronę. Wyjaśnienia wykonawcy ZRUG, które zostały odtajnione, w bardzo szeroki sposób rozmijały się w swojej treści z rzeczywistością (m.in. próba zastrzeżenia danych swych podwykonawców z jednoczesnym ujawnieniem danych kilkudziesięciu takich podwykonawców w formularzu ofertowym, brak odniesienia się do niektórych zastrzeganych informacji czy podanie kilkunastu pozycji cenowych przy chęci zastrzeżenia jako tajemnicy kalkulacji cenowej – a więc takiego rozbicia pozycji składających się na cenę ofertową). Ponadto na potwierdzenie podnoszonych też przedłożona została jedna umowa NDA, również objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie oznacza to jednak konieczności odtajnienia Wyjaśnień RNC Odwołującego, który w pierwszym odwołaniu doprowadził do odtajnienia dokumentów wykonawcy ZRUG. Analiza uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego jednoznacznie wskazuje na wykazanie wszystkich niezbędnych przesłanek. Tym samym Wyjaśnienia RNC powinny pozostać utajnione. Do tej pory nie zostały odtajnione ani jedno wyjaśnienie złożone przez Odwołującego, również w innych postępowaniach.

Na obecnym etapie wygląda to jakby Zamawiający bezrefleksyjnie odtajnił Wyjaśnienia RNC Odwołującego w odpowiedzi na wyrok KIO z dnia 10.10.2023 r. błędnie pojmując zasadę równego traktowania stron. Zwraca to szczególną uwagę przy zastrzeżeniach tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez innych wykonawców w postępowaniu, które nie zostały odtajnione, a które bądź to są obciążone brakami, które rzekomo miały wystąpić w uzasadnieniu Odwołującego, bądź wykazują przesłanki niezbędne do utajnienia informacji w sposób analogiczny do Odwołującego.

I tak PORR S.A. w swoim uzasadnieniu również nie wskazuje w jeden, konkretny sposób wartości gospodarczej zastrzeganych informacji (np. poprzez numeryczne podanie wartości pieniężnej), a opisuje tą wartość w rozbudowany, skonkretyzowany sposób, odwołując się m.in. do wypracowanego latami knowhow (fragment str. 5 uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przez PORR S.A.). Co ciekawe w zakresie wykazania podjętych działań mających na celu zachowanie informacji w poufności, PORR S.A. złożył analogiczne uzasadnienie do Odwołującego wpierv opisując obowiązującego u niego wewnętrzne systemy, a dodatkowo przedkładając wewnętrzne procedury i dokumenty regulujące zasady ochrony informacji poufnych i danych osobowych PORR S.A.

Bardzo podobnie brzmi także uzasadnienie złożone przez Stalprofil S.A. Pomimo tego Zamawiający przy powtórnym badaniu ofert zdecydował się jedynie na odtajnienie Wyjaśnień RNC Odwołującego. Wskazać należy, że w takim przypadku to odtajnienie Wyjaśnień RNC będzie naruszeniem zasady równego traktowania (gdy tylko jego

wyjaśnienia zostają upublicznione mimo analogicznych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa), a nie pozostawienie go utajnionym obok odtajnionych wyjaśnień wykonawcy ZRUG, gdy uzasadnienie złożone przez wykonawcę ZRUG w żaden sposób nie wykazywało ustawowych przesłanek koniecznych do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Reasumując Odwołujący podniósł, że wraz z wnioskiem o odtajnienie informacji wnosi o unieważnienie czynności oceny ofert przez Zamawiającego. Czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty jest zwięzczeniem wszystkich innych czynności w postępowaniu i żadna czynność Zamawiającego nie powinna wykroczać poza tą ostatnią z wszystkich czynności, tym bardziej, że ocena zasadności skuteczności zastrzeżenia tajemnicy oferty (czy też wyjaśnień rażąco niskiej ceny), jest elementem oceny ofert. Zatem Zamawiający powinien dokonać czynności oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i ewentualnego odtajnienia zastrzeżonych informacji w ramach procedury oceny ofert, a nie poza nią. W konsekwencji, Zamawiający – uwzględniając odwołanie i zaniechując odtajnienia Wyjaśnień RNC – powinien jednocześnie unieważnić czynności wyboru oferty oraz oceny ofert zgodnie z żądaniem Odwołującego. Taki tok rozumowania potwierdza także bogate orzecznictwo KIO. W wyroku z dnia 11.12.2014 r. (KIO 2498/14) Izba wskazała, że istnieje konieczność unieważnienia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej z 18.11.2014 r., albowiem w ocenie składu orzekającego Izby, zakończył się etap weryfikacji oferty Przystępującego i wszelkie zmiany w jej ocenie implikują konieczność cofnięcia procedury, na etap badania i oceny ofert. Stanowisko to podzieliła także KIO w wyroku z dnia 10.07.2015 r. (KIO 1377/15): jak trafnie podnosił odwołujący „ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów oceny ofert” skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazał powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 24 października 2023 r. za pośrednictwem Platformy Zakupowej GAZ-SYSTEM S.A.

W dniu 26 października 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ZRUG Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwany dalej „Przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 7 listopada 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Art. 505 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania się przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej interesem w uzyskaniu zamówienia. Zgodnie z tym przepisem „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”. Niemniej jednak mimo, iż środki ochrony prawnej przysługują od każdej czynności i każdego zaniechania Zamawiającego, które nastąpiły w toku postępowania o udzielenie zamówienia, nie oznacza to, że będą one przysługiwać w każdej sytuacji faktycznej wykonawcy. Tak więc nie od każdej czynności i zaniechania Zamawiającego służy wykonawcom odwołanie, ale tylko od takiej, która uniemożliwia im uzyskanie zamówienia a zatem godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i jednocześnie takich, które naruszając przepisy ustawy jednocześnie mogą wywołać szkodę u wykonawcy. Aby taka czynność lub zaniechanie Zamawiającego mogło być skutecznie zaskarżone wykonawca musi kumulatywnie wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia i że poniósł lub może ponieść szkodę. Nie można pominąć i tego, że odwołanie podlega uwzględnieniu jedynie wtedy, gdy naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Niezbędnym elementem odwołania jest zatem wykazanie, że Odwołującemu przysługuje lub przysługiwał interes w uzyskaniu zamówienia, a także, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów przez Zamawiającego.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2023 r., sygn. akt KIO 2824/23 dokonał ponownej oceny ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i w dniu 11 października 2023 r. dokonał wyboru oferty wykonawcy ZRUG jako najkorzystniejszej. Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty wykonawcy ZRUG nie była kwestionowana przez Odwołującego. Czynności tej nie kwestionował także żaden inny wykonawca. Co więcej oferta Odwołującego została

sklasyfikowana na miejscu drugim rankingu ofert a Odwołujący, wnosząc odwołanie zakwestionował jedynie czynność odtajnienia złożonych przez niego wyjaśnień RNC oraz załączników do tych wyjaśnień. Jako uzasadnienie interesu we wniesieniu odwołania wskazał na konieczność utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej przez niego w złożonych wyjaśnieniach RNC oraz załącznikach do tych wyjaśnień, których odtajnienie skutkować ma utratą przewagi konkurencyjnej, co z kolei przełożyć się może na mniejsze szanse na pozyskanie przez niego kolejnych zamówień i w konsekwencji może prowadzić do szkody po stronie Odwołującego. Tymczasem nie każda szkoda, jaką może ponieść wykonawca, uprawdopodobnia istnienie przesłanki dopuszczalności odwołania, a jedynie taka, która jest ściśle powiązana z interesem w uzyskaniu zamówienia. „W związku z połączeniem szkody z interesem wykonawcy w uzyskaniu zamówienia należy przyjąć, że szkoda, o której mowa w komentowanym przepisie, ma postać szkody o charakterze majątkowym”. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją M. Jaworskiej, warszawa 2021) Tak więc hipotetyczna i wręcz abstrakcyjna szkoda, do jakiej odwołuje się Odwołujący, a która nie jest w żaden sposób powiązana z interesem w uzyskaniu zamówienia może być dochodzona w drodze odrębnego postępowania. Natomiast w celu skorzystania ze środków ochrony prawnej konieczne jest wykazanie poniesienia lub możliwości poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań Zamawiającego a takiej szkody wykonawca nie wykazał. Odwołujący w tym postępowaniu, nie kwestionując wyboru oferty najkorzystniejszej, nie ma już możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wybór oferty wykonawcy ZRUG jest bowiem ostateczny.

Odwołujący nie wykazał więc istnienia przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego też Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu. W tej sytuacji zarzuty merytoryczne odwołania nie podlegają rozpoznaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) 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), ograniczając wysokość wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego do wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący: