

Sygn. akt: KIO 2068/23

WYROK
z 28 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 28 lipca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 lipca 2023 r. przez odwołującego: Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Żoliborz z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
- 1.2 odstąpienie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez S. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Drew-Plak W. S., ul. Mokry Ług 23A, 04-434 Warszawa, tj. wyjaśnień z 28 czerwca 2023 r. dotyczących ceny oferty tego wykonawcy wraz z załącznikami.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Żoliborz z siedzibą w Warszawie i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) 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 2068/23

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Żoliborz z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Utrzymanie zieleni niskiej oraz utrzymanie czystości i porządku na terenach parków, skwerów i zieleńców administrowanych przez Dzielnicę Żoliborz m. st. Warszawy w okresie 406 dni od dnia 22.12.2023 r.”, numer: UD-XVIII-WZP.271.9.2023, zwane dalej postępowaniem. Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 19 maja 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 070-209360.

17 lipca 2023 r. wykonawca Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk w zw. z art. 74

ust. 2 Pzp przez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez S. W. prowadzącego działalność gospodarczą p.n. DREW - PLAK W. S., ul. Mokry Ług 23A, 04-434 Warszawa (dale „DREW - PLAK”) jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dokumentów załączonych do tych wyjaśnień mimo, że zastrzeżone przez DREW - PLAK informacje nie spełniały przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a także Wykonawca ten nie przedstawił wyjaśnienia ani dowodów które uzasadniałyby takie zastrzeżenie;

ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu:

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty DREW - PLAK, mimo że zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w szczególności jej istotne części składowe tj. pozycja 1, 5 i 28 były rażąco niskie oraz przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do

uznania,

że cena zaoferowana przez DREW - PLAK za wykonanie zamówienia,

a w szczególności jej istotne części składowe tj. pozycje 1 i 5 nie jest rażąco niska.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

2.odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów objętych przez DREW PLAK ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dokumentów załączonych do tych wyjaśnień; ewentualnie w sytuacji oddalenia odwołania w zakresie zarzutu dot. tajemnicy przedsiębiorstwa -

3.odrzucenia oferty DREW - PLAK.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zarzutu podstawowego Odwołujący wskazał m. in.:

Zastrzeżenie przez DREW - PLAK wyjaśnień i dokumentów załączonych do wyjaśnień było bezpodstawne, a Wykonawca złożył tak zdawkowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że de facto należałoby uznać, że uzasadnienie takie w ogóle nie zostało złożone. Wykonawca w praktyce ograniczył się do stwierdzenia o objęciu wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, bez należytego uzasadnienia zastrzeżenia tej tajemnicy.

Sam fakt wskazania, że wykonawca wraz z przekazaniem wyjaśnień zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione - nie oznacza, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

i automatycznie są objęte poufnością. Art. 18 ust. 3 Pzp nakazuje wykonawcy wykazać,

że faktycznie zastrzegane informacje stanowią tajemnicę, co nie może sprowadzać

się do ogólnego oświadczenia, złożenia ogólnikowych wyjaśnień czy wyjaśnień niepopartych dowodami.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, Zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu

art. 11 ust 2 Uznk. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wskazanie, że dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania

za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu.

Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji.

W przedmiotowym stanie faktycznym Wykonawca nie wykazał zaistnienia wszystkich wskazanych powyżej przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa i nie wykazał tego faktu. Wobec tego dokonane zastrzeżenie jest nieskuteczne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i co do zarzutu podstawowego wskazał m. in.:

Wykonawca DREW-PLAK oświadczył, że przekazane przez niego dokumenty zawierały

m.in. informacje dotyczące poziomu wynagrodzeń, poziomu upustów handlowych i zakresu współpracy z innymi dostawcami, informację o metodologii realizacji usługi, informacje handlowe dotyczące działalności Wykonawcy, tj. informacje chronione w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na dowód tego załączył m.in. wyjaśnienia

i dokumenty (umowy, faktury) od kontrahentów zawierające ceny jednostkowe

z zastosowaniem szczególnych upustów i rabatów potwierdzonych zaświadczeniami tych kontrahentów, dokumenty kontrahentów potwierdzające szczególne warunki współpracy, które zmniejszają koszty ponoszone przez Wykonawcę.

Były to zatem warunki wynegocjowane indywidualnie, mające charakter technologiczny

i organizacyjny firmy i nie podawane do publicznej wiadomości oraz wobec, których podjęto działania związane z zachowaniem ich w poufności. Przepis art. 18 ust. 3 Pzp nakłada

na Zamawiającego obowiązek utajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako poufne, jeżeli wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują zakresu lub rodzaju środków, do których przedsięwzięcia zobligowany jest przedsiębiorca, dlatego więc Zamawiający uznał, że Wykonawca podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji, które zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto informacje o kontrahentach, dostawcach, stosowanych przez nich rabatach w ocenie Zamawiającego stanowią tajemnice organizacyjne przedsiębiorstwa i są informacjami posiadającymi wartość gospodarczą. Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeżeli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się natomiast całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych

do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Inne informacje mające wartość gospodarczą to w szczególności informacje handlowe, w ocenie Zamawiającego zastrzeżone jako tajemnica

przedsiębiorstwa informacje spełniały kryteria przynajmniej informacji organizacyjnych i handlowych, Zamawiający był więc zobowiązany do ich nieujawniania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności

treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron

zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca S.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DREW - PLAK W.S. r, ul. Mokry Ług 23A, 04-434 Warszawa. Zgłoszenie przystąpienia zostało przesłane do Izby drogą mailową, zatem w sposób sprzeczny z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą. Rozporządzenie

to w § 4 ust. 1 stanowi: Pisma w postępowaniu odwoławczym w postaci elektronicznej wnoszone przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 508 ust. 2 ustawy, przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu lub na wskazany

adres poczty elektronicznej, przy użyciu których obsługiwana jest korespondencja Izby, przy czym odwołanie i zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazuje

się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu.

Z przepisu Rozporządzenia wynika zatem, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego musi nastąpić za pośrednictwem skrzynki epuap. Zgłoszenie inną drogą –

tj. za pomocą poczty elektronicznej, musiało zatem zostać uznane za nieskuteczne.

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

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,

że zarzut podstawowy zasługuje na uwzględnienie. W konsekwencji zarzut nr 2 podniesiony jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu podstawowego,

nie podlegał rozpoznaniu.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Zamawiający oświadczył, że po ponownym przeanalizowaniu zastrzeżonych przez wykonawcę DREW-PLAK dokumentów, postanowił częściowo uwzględnić odwołanie w taki sposób, by odtajnić następujące elementy wyjaśnień wykonawcy:

- 1) Dokumentację fotograficzną,
- 2) Referencje, poświadczenia i dowody współpracy od podmiotów publicznych,
- 3) Fakturę na zakup kotła,
- 4) Polisę Odpowiedzialności Cywilnej.

Zamawiający oświadczył także, że dokumenty, które postanowił ujawnić nie były znaczące

dla Zamawiającego i nie brał on ich pod uwagę przy ocenie realności ceny oferty wykonawcy DREW-PLAK. Zamawiający uznał również, że te dokumenty nie pomogą Odwołującemu

w ocenie ceny tego wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem wyjaśnień wykonawcy DREW-PLAK w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dokumentów załączonych do tych wyjaśnień.

Izba ustaliła, co następuje:

23 czerwca 2023 r. Zamawiający skierował do wykonawcy DREW-PLAK wezwanie do wyjaśnienia ceny złożonej oferty.

W odpowiedzi z 28 czerwca 2023 r. wykonawca DREW-PLAK złożył wyjaśnienia wraz

z kilkunastoma załącznikami. Wykonawca zastrzegł przy tym, że całość wyjaśnień wraz

z załącznikami stanowi jego tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą zostać ujawnione. Uzasadnienie utajnienia ww. informacji brzmiało:

„Niniejsze pismo objęte jest tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu art. 11

ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie podlega ujawnieniu innym podmiotom niż zamawiający.

Niniejszym oświadczamy, że przedmiotowe wyjaśnienia (dokument wraz z załącznikami) stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa z uwagi na to, że zawierają informacje dotyczące: poziomu wynagrodzeń, poziomu upustów handlowych i zakresu współpracy z innymi dostawcami, szczególną informację o metodologii realizacji usługi, informacje handlowe dotyczące działalności Wykonawcy tj. informacje chronione w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Wyjątek od zasady jawności postępowania określony został w art. 18 ust. 3 Pzp: Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 2 Uznk, zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że regułą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest ich jawność, z jej wszelkimi konsekwencjami dla uczestników tych postępowań. Możliwość objęcia niektórych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa to wyjątek od zasady jawności, przy czym by możliwe było jego zastosowanie to wykonawca musi wykazać, że w stosunku do tych informacji zaistniały przesłanki określone w przytoczonym wyżej art. 11 ust. 2 Uznk. Zamawiający nie jest więc uprawniony do oceny, który ze zbioru dokumentów objętych przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa rzeczywiście zawiera informacje, które nie powinny zostać ujawnione.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający podejmując decyzję o utrzymaniu w tajemnicy wyjaśnień ceny wykonawcy DREW-PLAK wraz z załącznikami, w sposób rażąco naruszył art. 18 ust. 1 i 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę uzasadnienie objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa (przytoczone wyżej w całości) nie można mówić, by wykonawca DREW-PLAK podjął choćby próbę wykazania zasadności zastosowania wobec tych wyjaśnień wyjątku od zasady jawności postępowania. Uzasadnienie to stanowiło co najwyżej deklarację woli utrzymania określonych dokumentów w tajemnicy. Zamawiający w tej sytuacji miał obowiązek, kierując się zasadą jawności, w całości odtajnić wyjaśnienia wykonawcy DREW-PLAK wraz z załącznikami.

Sposób, w jaki Zamawiający częściowo uwzględnił zarzut odwołania w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron świadczy o tym, że zamiast w pierwszej kolejności ocenić

czy uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy w ogóle pozwalało na zastosowanie wyjątku

od zasady jawności wobec przedmiotowych wyjaśnień, oceniał poszczególne dokumenty wykonawcy DREW-PLAK pod kątem możliwości czy zasadności ich nieujawniania. Zamawiający działał zatem na korzyść wykonawcy DREW-PLAK. To obowiązkiem wykonawcy było wykazanie, że każdy z zastrzeżonych dokumentów nie podlegał ujawnieniu, a rolą Zamawiającego była ocena, czy wykonawca podołał swojemu obowiązkowi. Zamawiający nie był natomiast uprawniony do subiektywnej oceny, które z dokumentów w „zastrzeżonym” zbiorze mogą być utrzymane w tajemnicy. Działając w ten sposób Zamawiający zignorował treść uzasadnienia tajemnicy zawartego w wyjaśnieniach i dokonał samodzielnej oceny treści zastrzeżonych dokumentów pod kątem spełnienia przez nie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 Uznk.

Przytoczone wyżej uzasadnienie częściowego uwzględnienia zarzutu odwołania świadczy też jasno, że Zamawiający miał na uwadze to, by nie umożliwić Odwołującemu oceny realności ceny oferty wykonawcy DREW-PLAK. Zamawiający wprost oświadczył, że odtajni dokumenty, które z jego punktu widzenia były nieistotne dla oceny oferty wykonawcy DREW-PLAK. Zamawiający musiał w tej sytuacji mieć świadomość, że zastrzeżenie tajemnicy jest co najmniej nadmierne (a biorąc pod uwagę, że uzasadnienie zastrzeżenia dotyczyło całego zbioru dokumentów – całkowicie niezasadne) oraz, że godzi w wynikające z zasady jawności uprawnienie Odwołującego do samodzielnej weryfikacji oferty konkurencyjnego wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: