Sygn. akt: KIO 413/23, KIO 510/23

Wyrok

z dnia 21 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 15 marca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2023 roku i 24 lutego 2023 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: PreZero Recycling Zachód sp. z o.o., PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o., PreZero Jantra Sp. z o.o., PreZero Recycling Południe Sp. z o.o., Piotrowo Pierwsze 26/27, 64-020 Czempiń**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o, ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: KOM-EKO S.A., EKOPAK sp. z o.o., EKOLAND POLSKA S.A., ul. Metalurgiczna 9B, 20-234 Lublin**zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców **Konsorcjum: PreZero Recycling Zachód sp. z o.o., PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o., PreZero Jantra Sp. z o.o., PreZero Recycling Południe Sp. z o.o., Piotrowo Pierwsze 26/27, 64-020 Czempiń** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisów od dwóch wniesionych odwołań;

2.1.zasądza od odwołującego – wykonawców **Konsorcjum: PreZero Recycling Zachód sp. z o.o., PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o., PreZero Jantra Sp. z o.o., PreZero Recycling Południe Sp. z o.o., Piotrowo Pierwsze 26/27, 64-020 Czempiń Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart" Sp. z o.o. w Kielcach** na rzecz zamawiającego - **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st.Warszawie Sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **4.489 zł 17 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta osiemdziesiąt dziewięć złotych siedemnaście groszy), stanowiącą zwrot poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

……..

Sygn. akt KIO 413/23 KIO 510/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy", ogłoszone w Dzienniku Urzędowym UE 18 listopada 2022 r. nr 2022/S 223639597.

Odwołujący: wykonawcy PreZero Recycling Zachód sp. z o.o.(pełnomocnik wykonawców) oraz PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o. Wrocław, PreZero Jantra Sp. z o.o. Szczecin PreZero Recycling Południe Sp. z o.oKnurów wnieśli dnia 13 lutego 2023 r. odwołanie wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu.

Odwołujący podnosi niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:

I.dokonaniu wyboru oferty złożonej przez konsorcjum firm: KOM-EKO S.A. w Lublinie – lider konsorcjum, EKOPAK sp. z o.o., w Lublinie, EKOLAND Polska S.A. w Kraśniku (dalej jako „KOM-EKO" lub „Konsorcjum KOM-EKO") ja najkorzystniejszej w zakresie zadania 2;

II. zaniechaniu odtajnienia (udostępnienia) dokumentów KOM-EKO zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w zadaniu 2.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) z naruszeniem:

1)art. 74 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu dokumentów KOM-EKO zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami (w tym uzasadnienia utajnienia owych wyjaśnień – zarówno jeśli stanowią ich część jak i samodzielny dokument), pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania przez zastrzeżone informacje przesłanek umożliwiających uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa;

2)art. 16 pkt 1 i pkt 2 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także naruszenie zasady przejrzystości postępowania.

Powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1/ unieważnienia czynności wyboru oferty KOM-EKO jako najkorzystniejszej w zadaniu 2,

2/ uznania za nieskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów KOM-EKO, tj.wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami (w tym uzasadnienia utajnienia owych wyjaśnień – zarówno jeśli stanowią ich część jak i samodzielny dokument) i udostępnienie ich Odwołującemu,

3/ powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

I. Uzasadnienie zarzutów

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług polegających na zagospodarowaniu odpadów komunalnych pochodzących z terenu M.St. Warszawy. Przedmiot zamówienia został podzielony na części, a niniejsze odwołanie dotyczy zadania nr 2.

W zakresie zadania nr 2 zostały złożone oferty czterech wykonawców, w tym oferta Odwołującego, która uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Konsorcjum KOM-EKO.

W dniu 2 lutego 2023 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie załączników do protokołu postępowania w zakresie Zadania 2. W odpowiedzi, Zamawiający w dniu 7 lutego 2023 r. przesłał Odwołującemu dokumenty „za wyjątkiem części dokumentu objętego przez jednego z Wykonawców tajemnicą przedsiębiorstwa (udostępniona część dokumentu oznaczona jest w udostępnianej dokumentacji jako cz. jawna).”

Z przesłanej korespondencji wynika, że Zamawiający w dniu 9 stycznia 2023 r. zwrócił się do Konsorcjum KOM-EKO na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy, o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny brutto oferty w tym jej istotnych części składowych tzn. ceny jednostkowej za zagospodarowanie 1 Mg odpadów będących przedmiotem zamówienia potwierdzających możliwość realizacji zamówienia po wskazanej w ofercie stawce jednostkowej za 1 Mg odpadów, wraz z przedstawieniem szczegółowej kalkulacji i informacji wyszczególnionych w wezwaniu przez Zamawiającego.

Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu wyjaśnień ceny KOM-EKO, za wyjątkiem niewielkiego ich fragmentu, zawierającego ogólne zapewnienia co do rzekomej możliwości wykonania zamówienia za podaną cenę przez Konsorcjum KOM-EKO.

W materiale nie zawarto uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jedyną informacją w tym zakresie jest wzmianka/klauzula o treści: „Część wyjaśnień zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa”. Odwołujący nie wie, z jakich powodów Konsorcjum KOM-EKO zastrzegło przedmiotowe dokumenty, a skoro nie przedstawiono uzasadnienia zastrzeżenia tego rodzaju informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, to stwierdzić trzeba, iż w ogóle nie wypełniono dyspozycji art. 18 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykazanie, o którym mowa w treści przepisu dotyczy oczywiście udowodnienia wystąpienia przesłanek do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie). Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa (tak KIO 500/21, oraz KIO 506/21).

W niniejszym stanie faktycznym nie można mówić o „wykazaniu” przez KOM-EKO spełnienia łącznie przesłanek uznania zastrzeganych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, skoro KOM-EKO w ogóle nie poczynił starań w tym kierunku (w przesłanych przez Zamawiającego dokumentach nie ma uzasadnienia do zastrzeżenia przedmiotowych danych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zatem dokument nie został przedłożony przez KOM-EKO).

Z przedstawionych Odwołującemu załączników do protokołu nie sposób wyodrębnić także jakichkolwiek dowodów potwierdzających zasadność stawianych twierdzeń, co do tego, że wyjaśnienia ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa KOM-EKO.

Dodać także trzeba, że o ile w nieudostępnionych wyjaśnieniach ceny mogą znajdować się poszczególne pozycje cenowe, to w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej panuje pogląd, że także poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu nie mogą zostać utajnione: (Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokuo sygn. KIO 3762/21 z 17.01.2022 r.)

Odwołujący zwraca również uwagę na aspekt dotyczący wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wartość gospodarcza nie może sprowadzać się do samego subiektywnego przekonania przedsiębiorcy o wartości posiadanej przez niego informacji. Kwestia ta była poruszana w orzecznictwie Sądu Okręgowego rozpatrującego skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok SO w Warszawie z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21).

Przesłanki umożliwiające zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powinny być interpretowane ściśle. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenie jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie przez Zamawiającego takiego utajnienia, z jednej strony stanowi naruszenie nie tylko art. 18 ust. 1-3 ustawy, z drugiej zaś, zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W konsekwencji zaniechania uzasadniają także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp. „(…) samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak uczynił to wykonawca S…. Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składanych dokumentów. (KIO 2498/18, wyrok z 17 grudnia 2018 r.). Podobnie w wyroku KIO 2314/18.

Podsumowując, KOM-EKO nieskutecznie zastrzegło tajemnicę wyjaśnień ceny – jeśli wraz z ich złożeniem nie przekazało Zamawiającemu stosownego uzasadnienia. W udostępnionym Odwołującemu materiale nie ma pliku zawierającego tego rodzaju dokument. Jednocześnie nie można wykluczyć, że ewentualna argumentacja została uwzględniona w części niejawnej wyjaśnień. Jeśli zatem mamy do czynienia z takim przypadkiem, to zasadnym jest zarzut zaniechania udostępnienia uzasadnienia tajemnicy. Dopiero bowiem na podstawie analizy tego uzasadnienia, które z istoty swej powinno być jawne, Odwołujący będzie w stanie ocenić legalność zaniechania przez Zamawiającego przesłania Odwołującego wspomnianych wyjaśnień ceny. W rezultacie należy uznać, że w postępowaniu doszło do naruszenia wskazanych na wstępie przepisów Pzp.

II. Uzasadnienie interesu we wniesieniu odwołania

Oferta Odwołującego jest druga w rankingu ofert. Odmowa udostępnienia niezasadnie utajnionych informacji KOM-EKO, utrudnia, a wręcz uniemożliwia Odwołującemu weryfikację czynności Zamawiającego w kontekście zaistnienia ewentualnych przesłanek do odrzucenia oferty KOM-EKO na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp lub art. 224 ust. 6 Pzp. Należy wskazać, że zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa wybranego wykonawcy została objęta zasadnicza część wyjaśnień ceny, a więc w istocie wszystkie informacje determinujące ocenę w zakresie tego, czy wybrany wykonawca sprostał ciężarowi dowodu i wykazał, że cena, w tym istotne części składowe, nie są rażąco niskie. Odwołujący został pozbawiony dostępu do dokumentów, które odnoszą się do informacji kluczowych z punktu widzenia prawidłowości wyliczenia ceny, a także z punktu widzenia prawidłowości przedstawiania wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Z uwagi, iż powyższe zaniechanie mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania Izba nakazała jednocześnie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Poprzestanie jedynie na rozstrzygnięciu kwestii odtajnienia dokumentów nie przywróciłoby Odwołującemu prawa do możliwości sprawdzenia zgodności oferty konkurencyjnej z treścią SIWZ, które to prawo wskutek zaniechania Zamawiającego zostało na tym etapie postępowania w sposób istotny ograniczone. Izba nie mogła jednocześnie przesądzić, by decyzja Zamawiającego o wyborze oferty była niewłaściwa w związku z innymi okolicznościami, podnoszonymi przez Odwołującego w piśmie procesowym. Okoliczności te, wskutek działań Zamawiającego, nie mogły dotychczas stać się przedmiotem odwołania, a tym samym nie mogły być przedmiotem oceny Izby. Zamawiający w toku dalszego postępowania wykona nakazane przez Izbę czynności. Ponowny wybór będzie następstwem przeprowadzonej przez Zamawiającego oceny ofert. W tym zakresie do decyzji Zamawiającego pozostaje ewentualne wzięcie pod uwagę kwestii, których Odwołujący nie mógł wcześniej podnosić, i które nie mogły też stać się przedmiotem oceny Izby, oraz ich ewentualnego wpływu na wcześniejszą decyzję, co do wyboru wykonawcy, czy też uznanie, iż kwestie te nie zmieniają wcześniejszej oceny. Należy wskazać, że zamawiający do czasu zawarcia umowy może skorygować swoje czynności, jeżeli stwierdzi zaistnienie ku temu podstaw. Udzielenie zamówienia publicznego musi bowiem nastąpić zgodnie z przepisami prawa. Niezależnie od decyzji Zamawiającego, Odwołujący będzie już jednak mógł ewentualnie dochodzić sprawdzenia tej oceny w zakresie, w jakim dotychczas został pozbawiony takiej możliwości wskutek nieodtajnienia dokumentów konkurencyjnego wykonawcy.”.

Zamawiający - w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Ponadto wnosi o przeprowadzenie następujących dowodów powołanych w piśmie:

- wydruk z Platformy potwierdzający udostępnienie ww. wraz z załącznikiem pn. wyjaśnienia ceny_cz.jawna_uzupełnienie.pdf

- na okoliczność prawidłowości działań podjętych przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazuje, że w udostępnił w dniu 07.02.2023 r. wnioskowane dokumenty, w tym odpowiedź Wykonawcy KOM-EKO w sprawie kalkulacji ceny, za wyjątkiem części dokumentu objętego przez Wykonawcę KOM-EKO tajemnicą przedsiębiorstwa (udostępniona część dokumentu oznaczona została w udostępnianej dokumentacji jako cz. jawna).

14.02.2023 r. w uzupełnieniu korespondencji, w tym wyjaśnień ceny KOM-EKO (zadanie 2 (6.1)) - oznaczonych jako część jawna (plik "wyjaśnienia ceny_cz. jawna. pdf"), Zamawiający przekazał dokument pdf pn. „wyjaśnienia ceny_cz.jawna_uzupełnienie.pdf" zawierający uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a także cenniki instalacji innych przedsiębiorców, stanowiące część jawną wcześniej omyłkowo nieudostępnioną.

Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający w dniu 14.02.2023 r. udostępnił wcześniej nieprzekazane omyłkowo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa KOM-EKO, zarzut Odwołującego wskazany w uzasadnieniu odwołania, dotyczący braku udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jest bezprzedmiotowy.

Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny brutto oferty, w tym jej istotnych części składowych, tzn. ceny jednostkowej za zagospodarowanie 1 Mg odpadów będących przedmiotem zamówienia potwierdzających możliwość realizacji zamówienia po wskazanej w ofercie stawce jednostkowej za 1 Mg odpadów, a także zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i uznał zastrzeżenie wyjaśnień oraz załączników jako skuteczne oraz uznał, iż cena oferty na zagospodarowanie odpadów w Zadaniu 2 (6.1) nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami.

Mając powyższe na uwadze, trudno zgodzić się z Odwołującym, jakoby Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Co prawda Odwołujący zażądał unieważnienia czynności wyboru oferty KOM-EKO jako najkorzystniejszej, ale nie podniósł zarzutu dotyczącego samej oferty, a w szczególności, że ofertowana przez KOM-EKO cena jest rażąco niska. Odwołujący nie podnosił, w szczególności nie wykazał, aby cena zaoferowana przez KOM-EKO nosiła znamiona rażąco niskiej.

Samo nieujawnienie innym wykonawcom wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty nie jest równoznaczne z wadliwym wyborem oferty, bowiem to Zamawiający ocenia czy cena jest rażąco niska i czy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w tym zakresie są wiarygodne.

Jak wskazuje się w komentarzu (Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. H. Nowaka i M.Winiarza, UZP W-wa 2021, https://www.gov.pl/web/uzp/komentarz-do-prawa-zamowien-publicznych) „w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych zamawiający musi określić swoje wątpliwości, aby wykonawca wiedział, co należy wyjaśnić i z jakiego powodu zamawiający powziął wątpliwości. Po otrzymaniu wyjaśnień, zamawiający musi dokonać ich rzetelnej oceny. Przedstawienie dowodów na poparcie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu niewątpliwie znacznie wzmocni prezentowaną przez wykonawcę argumentację". Takie stanowisko zajął skład orzekający w wyroku sygn. akt KIO 1707/21. Ocena stanu faktycznego zawsze należy do Zamawiającego i okoliczności konkretnego przypadku.

Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut nr I dotyczący dokonania niezgodnego z Pzp wyboru oferty KOM-EKO jako najkorzystniejszej, jest chybiony i nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie zasługuje także na uwzględnienie żądanie nakazania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (zadaniu 2) oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Ocena zasadności zastrzeżenia informacji (w tym także wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty) jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa leży po stronie zamawiającego. Obowiązkiem wykonawcy jest natomiast wykazanie, że zastrzeżone informacje faktycznie mają taki charakter. Z treści art. 18 ust. 3 pzp wynika, że jeśli wykonawca zamierza zastrzec określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, to ciążą na nim wszystkie obowiązki wynikające z wykazania zasadności tego zastrzeżenia.

Aby skutecznie zastrzec informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca musi wskazać, które informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca KOM-EKO wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sama definicja słownikowa słowa „wykazał" wskazuje, że to m.in. przedstawienie czegoś w sposób przekonujący. Zamawiający dokonując oceny uznał, że Wykonawca skutecznie zastrzegł i wykazał istnienie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut nr II dotyczący zaniechania odtajnienia (udostępnienia) dokumentów KOM-EKO zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zasługuje na uwzględnienie. Zatem żądanie Odwołującego nakazania Zamawiającemu uznania za nieskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów KOM-EKO,tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami (w tym uzasadnienia utajnienia owych wyjaśnień – zarówno jeśli stanowią ich część jak i samodzielny dokument) i udostępnienie ich Odwołującemu, uznać należy za bezprzedmiotowe.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum KOM-EKO S.A.(Lider Konsorcjum), EKOPAK sp. z o.o., EKOLAND POLSKA S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowani odwoławczego po stronie Zamawiającego

Sygn. akt KIO 510/23

Odwołujący wniósł dnia 24 lutego 2023 r. odwołanie.

Zarzucił Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) z naruszeniem:

1)art. 74 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu dokumentów wybranego wykonawcy zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania przez zastrzeżone informacje przesłanek umożliwiających uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa;

2)art. 16 pkt 1 i pkt 2 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także naruszenie zasady przejrzystości postępowania.

Powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu.

Szczegółowe uzasadnienie interesu we wniesieniu odwołania zostało przedstawione w punkcie II uzasadnienia.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

I.uznania za nieskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów KOM-EKO, tj.wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami i udostępnienie ich Odwołującemu;

II.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

I. Uzasadnienie zarzutów

Zamawiający w dniu 9 stycznia 2023 r. zwrócił się do Konsorcjum KOM-EKO na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy, o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny brutto oferty w tym jej istotnych części składowych tzn. ceny jednostkowej za zagospodarowanie 1 Mg odpadów będących przedmiotem zamówienia potwierdzających możliwość realizacji zamówienia po wskazanej w ofercie stawce jednostkowej za 1 Mg odpadów, wraz z przedstawieniem szczegółowej kalkulacji i informacji wyszczególnionych w wezwaniu przez Zamawiającego.

Na powyższe, w szczególności na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący w dniu 13 lutego 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa KIO.

Po wniesieniu ww. odwołania, w dniu 14 lutego 2023 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy wskazując, że:

„w uzupełnieniu przekazanych Państwu we wcześniejszej korespondencji wyjaśnień ceny złożonych przez Wykonawcę KOM-EKO (zadanie 2 (6.1)) - oznaczonych jako część jawna (plik "wyjaśnienia ceny_cz. jawna. pdf"), w załączeniu przesyłam uzupełnienie do ww. korespondencji stanowiące część jawną, które omyłkowo nie zostały Państwu przekazane w pierwotnej korespondencji (przekazano dwie pierwsze strony z przesyłanego obecnie pliku oraz pliki "weryfikacja podpisów pdf" i "wydruk korespondencji.pdf").” (podkr. własne) Dowód (w aktach): - korespondencja e-mail z dnia 14.02.2023 r.

-pierwotny plik bez uzasadnienia tajemnicy: „wyjaśnienia ceny_cz.jawna.pdf

-uzupełniony plik o uzasadnienie tajemnicy o nazwie: „wyjaśnienia ceny_cz.jawna_uzupełnienie”

Po zapoznaniu się z treścią uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący dochodzi wniosku, iż Konsorcjum KOM-EKO nie wykazało ziszczenia się przesłanek warunkujących uznanie zastrzeżonych informacji jako tajemnica w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

W niniejszym stanie faktycznym nie można mówić o „wykazaniu” przez KOM-EKO spełnienia łącznie przesłanek uznania zastrzeganych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. KOM-EKO nie udowodniło podjęcia, działań w celu utrzymania zastrzeganych danych w poufności, nie przedstawiło dowodów potwierdzających zastosowanie jakichkolwiek środków w celu ochrony utajnianych informacji np. brak kopii umów z kontrahentami z klauzulami poufności. W uzasadnieniu zastrzeżenia Konsorcjum KOM-EKO gołosłownie nadmieniło tylko, że:

„Wykonawca oświadcza, że przedmiotowe informacje nie były publikowane lub udostępniane osobom trzecim, nieuprawnionym do powzięcia tych informacji. Wykonawca zapewnił ochronę przedmiotowych danych także poprzez stosowanie systemu obiegu dokumentów, który zapewnia zindywidualizowany dostęp do plików”.

KOM-EKO nie wykazało, że stosuje jakikolwiek specjalny obieg dokumentów, a nawet nie wyjaśniło i nie opisało na czym polega ww. system i czym różni się od standardowego. Na podstawie tak lapidarnej wzmianki nie sposób ocenić jakikolwiek realny wpływ na zabezpieczenie newralgicznych informacji.

W zakresie kwalifikacji danej informacji jako posiadającej status tajemnicy przedsiębiorstwa, w ostatnich latach, wykładnia i praktyka prezentowana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej uległa znacznej zmianie zmierzając do restrykcyjnego przestrzegania obowiązku wykazania przez wykonawców, iż zastrzeżone przez nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. (Wyrok KIO 3483/20).
Ciężar wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zauważenia przy tym wymaga, że dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do określonych informacji nie wystarczy wskazanie na ich charakter, lecz konieczne jest także wykazanie, że wykonawca podjął działania, które zapewniają ochronę tych informacji przed ujawnieniem. Dopóki bowiem wykonawca, nie podejmie odpowiednich działań służących zapewnieniu zachowania informacji w poufności, a następnie nie wykaże, że działanie takie zostały przez niego podjęte, nie jest spełniony konieczny warunek dla przyjęcia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy uznk. Nawet w sytuacji, gdy dane informacje, co do zasady mogą podlegać utajnieniu, wykonawca decydujący się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie jedną z podstawowych zasad jest zasada jawności, nie jest zwolniony od wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, tj. wykazania spełnienia wszystkich warunków przewidzianych dla takich informacji, w tym co decyduje, że np. posiadają wartość gospodarczą i jakie działania zostały przez niego podjęte w celu ochrony zastrzeganych informacji przed dostępem osób trzecich, przy czym wykonawca powinien wraz z zastrzeżeniem tajemnicy, przedstawić, dostępne dla siebie dowody potwierdzające okoliczności, na jakie się powołuje, np. Praktyki bezpieczeństwa, klauzule poufności. Obowiązkowi wykonawcy wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odpowiada obowiązek Zamawiającego rzetelnego przeanalizowania takiego zastrzeżenia informacji, a w razie stwierdzenia, iż nie spełnia wymogów w tym zakresie, Zamawiający jest obowiązany odtajnić te informacje. (Wyrok z dnia 20 października 2020 r. KIO 2472/20).
Powyższe dwa orzeczenia prezentują panującą obecnie wykładnię, zgodnie z którą:
1)posiadanie przez dane informacje statusu tajemnicy przedsiębiorstwa musi zostać udowodnione, tj. wykazane za pomocą odpowiednich środków dowodowych, a nie tylko deklaracji Wykonawcy;
2)nawet gdy dana, zastrzeżona informacja mogłaby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, to brak wykazania tej okoliczności w sposób, o którym mowa w pkt 1, przekreśla możliwość utajnienia takiej informacji.
Nadto KIO 125/21,KIO 320/21, KIO 700/21. Kwestia wartości gospodarczej była poruszana także w orzecznictwie Sądu Zamówień Publicznych, (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21).
Zamawiający nie udostępniając wyjaśnień naruszył podstawową zasadę Prawa zamówień publicznych tj. zasadę jawności postępowania.
Uzasadnienie interesu we wniesieniu odwołania
Oferta Odwołującego jest druga w rankingu ofert. Odmowa udostępnienia Odwołującemu niezasadnie utajnionych informacji przez KOM-EKO, którego oferta została wybrana utrudnia, a wręcz uniemożliwia Odwołującemu weryfikację czynności Zamawiającego w kontekście zaistnienia ewentualnych przesłanek do odrzucenia oferty KOM-EKO na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp lub art. 224 ust. 6 Pzp. Należy wskazać, że zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa wybranego wykonawcy została objęta zasadnicza część wyjaśnień ceny, a więc w istocie wszystkie informacje determinujące ocenę w zakresie tego, czy wybrany wykonawca sprostał ciężarowi dowodu i wykazał, że cena, w tym istotne części składowe, nie są rażąco niskie. Odwołujący został pozbawiony dostępu do dokumentów, które odnoszą się do informacji kluczowych z punktu widzenia prawidłowości wyliczenia ceny, a także z punktu widzenia prawidłowości przedstawiania wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Dopiero po udostępnieniu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący był w stanie w pełni ocenić zasadność takiego zastrzeżenia, po czym powziął informację o tym, że Konsorcjum KOM-EKO nieskutecznie zastrzegło tego rodzaju dane w myśl art. 18 ust. 3 ustawy. Przedmiotowe naruszenia mają natomiast istotny wpływ na wynik postępowania, w szczególności mając na uwadze fakt, iż Odwołujący odwołaniem z dnia 13.02.2023 r. zaskarżył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.
Zapatrywanie co do posiadania interesu we wniesieniu odwołania na zaniechanie odtajnienia (udostępnienia) dokumentów zostało przedstawione w szczególności w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.12.2014 r. o sygn. KIO 2537/14:
W związku z powyższym Izba uznała zasadność nakazania Zamawiającemu odtajnienia dokumentów wskazanych w sentencji wyroku. Z uwagi, iż powyższe zaniechanie mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania Izba nakazała jednocześnie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Poprzestanie jedynie na rozstrzygnięciu kwestii odtajnienia dokumentów nie przywróciłoby Odwołującemu prawa do możliwości sprawdzenia zgodności oferty konkurencyjnej z treścią SIWZ, które to prawo wskutek zaniechania Zamawiającego zostało na tym etapie postępowania w sposób istotny ograniczone. Izba nie mogła jednocześnie przesądzić, by decyzja Zamawiającego o wyborze oferty była niewłaściwa w związku z innymi okolicznościami, podnoszonymi przez Odwołującego w piśmie procesowym. Okoliczności te, wskutek działań Zamawiającego, nie mogły dotychczas stać się przedmiotem odwołania,

a tym samym nie mogły być przedmiotem oceny Izby. Zamawiający w toku dalszego postępowania wykona nakazane przez Izbę czynności. Ponowny wybór będzie następstwem przeprowadzonej przez Zamawiającego oceny ofert. W tym zakresie do decyzji Zamawiającego pozostaje ewentualne wzięcie pod uwagę kwestii, których Odwołujący nie mógł wcześniej podnosić, i które nie mogły też stać się przedmiotem oceny Izby, oraz ich ewentualnego wpływu na wcześniejszą decyzję, co do wyboru wykonawcy, czy też uznanie, iż kwestie te nie zmieniają wcześniejszej oceny. Należy wskazać, że zamawiający do czasu zawarcia umowy może skorygować swoje czynności, jeżeli stwierdzi zaistnienie ku temu podstaw. Udzielenie zamówienia publicznego musi bowiem nastąpić zgodnie z przepisami prawa. Niezależnie od decyzji Zamawiającego, Odwołujący będzie już jednak mógł ewentualnie dochodzić sprawdzenia tej oceny w zakresie, w jakim dotychczas został pozbawiony takiej możliwości wskutek nieodtajnienia dokumentów konkurencyjnego wykonawcy.”.

Załączono: korespondencja e-mail z Zamawiającym w tym z dnia 14.02.2023 r,pierwotny plik bez uzasadnienia tajemnicy o nazwie: „wyjaśnienia ceny_cz.jawna.pdf, uzupełniony plik o uzasadnienie tajemnicy o nazwie: „wyjaśnienia ceny_cz.jawna_uzupełnienie”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający wskazuje, że udostępnił w dniu 07.02.2023 r. wnioskowane dokumenty, w tym odpowiedź Wykonawcy KOM-EKO w sprawie kalkulacji ceny, za wyjątkiem części dokumentu objętego przez Wykonawcę KOM-EKO tajemnicą przedsiębiorstwa (udostępniona część dokumentu oznaczona została w udostępnianej dokumentacji jako cz. jawna).

W dniu 14.02.2023 r. w uzupełnieniu przekazanej w dniu 07.02.2023 r. korespondencji, w tym wyjaśnień ceny złożonych przez Wykonawcę KOM-EKO (zadanie 2 (6.1)) - oznaczonych jako część jawna (plik "wyjaśnienia ceny_cz. jawna. pdf"), Zamawiający przekazał dokument pdf pn. „wyjaśnienia ceny_cz.jawna_uzupełnienie.pdf” zawierający uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a także cenniki instalacji innych przedsiębiorców, stanowiące część jawną wcześniej omyłkowo nieudostępnioną. (Bezsporne)

Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny brutto oferty (całkowitej wartości brutto), w tym jej istotnych części składowych, tzn. ceny jednostkowej za zagospodarowanie 1 Mg odpadów będących przedmiotem zamówienia potwierdzających możliwość realizacji zamówienia po wskazanej w ofercie stawce jednostkowej za 1 Mg odpadów, a także zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i uznał zastrzeżenie wyjaśnień oraz załączników jako skuteczne oraz uznał, iż cena oferty na zagospodarowanie odpadów w Zadaniu 2 (6.1) nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, trudno zgodzić się z Odwołującym, jakoby Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Co prawda Odwołujący zażądał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ale nie podniósł zarzutu dotyczącego samej oferty, a w szczególności, że ofertowana przez KOM-EKO cena jest rażąco niska. Odwołujący nie podnosił, w szczególności nie wykazał w żaden sposób, aby cena zaoferowana przez KOM-EKO nosiła znamiona rażąco niskiej.

Samo nieujawnienie innym wykonawcom wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty nie jest równoznaczne z wadliwym wyborem oferty najkorzystniejszej, bowiem to Zamawiający ocenia czy cena jest rażąco niska i czy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę są wiarygodne.

Jak wskazuje się w komentarzu Urzędu Zamówień publicznych Warszawa 2021, https://www.gov.pl/web/uzp/komentarz-doprawa-zamowien-publicznych) „w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych zamawiający musi określić swoje wątpliwości, aby wykonawca wiedział, co należy wyjaśnić i z jakiego powodu zamawiający powziął wątpliwości. Po otrzymaniu wyjaśnień, zamawiający musi dokonać ich rzetelnej oceny. Przedstawienie dowodów na poparcie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu niewątpliwie znacznie wzmocni prezentowaną przez wykonawcę argumentację".

Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut dotyczący dokonania przez Zamawiającego niezgodnego z Pzp wyboru oferty KOM-EKO jako najkorzystniejszej, jest chybiony i nie zasługuje na uwzględnienie. Mając na uwadze fakt, iż wybór oferty najkorzystniejszej nie został dokonany przez Zamawiającego z naruszaniem przepisów Pzp, nie zasługuje także na uwzględnienie żądanie Odwołującego nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty KOM-EKO jako najkorzystniejszej w Postępowaniu (zadaniu 2) oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Ocena zasadności zastrzeżenia informacji (w tym także wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty) jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa leży po stronie zamawiającego. Obowiązkiem wykonawcy jest natomiast wykazanie, że zastrzeżone informacje faktycznie mają taki charakter.

Wykonawca musi wskazać dokładnie, które informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. Musi uwiarygodnić, że zastrzegane informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, w szczególności, jakie przedsięwziął środki w celu ochrony wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Obie powyższe czynności musi dokonać najpóźniej z

chwilą złożenia takich informacji (złożenia oferty, złożenia innych dokumentów w postępowaniu).
W ocenie Zamawiającego Wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie jak dla innych przedsiębiorców funkcjonujących na rynku, dla KOM-EKO informacje ujęte w wyjaśnieniach stanowią obiektywną wartość gospodarczą. Zestawienie kalkulacji cenowej wraz z informacjami ujętymi w piśmie stanowi bogatą wiedzę o tym wykonawcy i stosowanej przez nią polityce finansowej, organizacyjnej i handlowej, których ujawnienie każdej z osoba lub łącznie, może istotnie zaszkodzić prowadzonej przez KOM-EKO działalności gospodarczej. Informacje zawarte w ww. zakresie wskazują na działania organów spółki o charakterze wewnętrznym, obszar i zasady współpracy oraz warunki zawartych umów z partnerami handlowymi oraz przyjętą przez KOM-EKO strategię budowania oferty, wskazując jednocześnie na zakres potencjału posiadanego przez Wykonawcę.
Tak obszerne informacje o KOM_EKO, warunkach na jakich nabywa on usługi, warunkach pracy oraz jego polityce cenowej stwarzać nieuprawnioną przewagę konkurentom pozwalającą im przewidzieć strategię i zachowania KOM-EKO w prowadzonej działalności, w tym w innych przetargach.
O tym, iż szczegółowa kalkulacja cenowa Wykonawcy może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wskazuje orzecznictwo sądów powszechnych i KIO.Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 8.5.2007 r., Sygn. akt XIX Ga 167/07 wskazał, iż „zarówno metoda kalkulacji ceny jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami również tymi uczestniczącymi w przetargu."(…) „szczegółowe informacje dotyczące np. cen surowców, energii czy też wynagrodzenia za pracę w sytuacji konkurencji rynkowej mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i nie podlegać udostępnieniu pozostałym uczestnikom przedmiotowego postępowania ani tym bardziej rozpowszechnianiu." Podobny pogląd wyraziło KIO w szeregu orzeczeń, przykładowo w wyroku z dnia 22 listopada 2013 r., Sygn. akt KIO 2602/13 oraz wyroku z dnia 7 kwietnia 2015 roku, Sygn. akt: KIO 507/15.
Informacje szczegółowe na temat wysokości ponoszonych kosztów w ujęciu zdezagregowanym, w przekroju umów, zadań lub klientów samodzielnie, stanowią informacje wrażliwe, odzwierciedlające model biznesowy KOM-EKO, strategię konkurencyjną oraz strategię cenową. Ich ujawnienie pozwalałoby stroną trzecim rozpoznać szczegółową charakterystykę kosztową Spółki oraz stosowaną przez nią strategię cenową, co w efekcie tworzy podstawę do wykorzystania przedmiotowych informacji przeciwko KOM-EKO w działaniach rynkowych, wpływając niekorzystnie nie tylko na pozycję KOM-EKO (np. w postępowaniach przetargowych), ale także na poziom cen na rynku.
Należy także wskazać, że zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 25 listopada 2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 122/22: „w zasadzie czynność ta służyłaby tylko i wyłączenie pozyskaniu przez Odwołującego wiedzy na temat informacji (…) zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, co z kolei mogłoby naruszyć interes tego podmiotu w przyszłych postępowaniach, tym samym godząc w zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania."
Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia (udostępnienia) dokumentów KOM-EKO zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, jest chybiony i nie zasługuje na uwzględnienie. Zatem żądanie Odwołującego nakazania Zamawiającemu uznania za nieskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów KOM-EKO, tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami (w tym uzasadnienia utajnienia owych wyjaśnień – zarówno jeśli stanowią ich część jak i samodzielny dokument) i udostępnienie ich Odwołującemu, uznać należy za bezprzedmiotowe.
Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło konsorcjum KOM-EKO.
W trakcie posiedzenia i rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący w sprawie KIO 413/23 ograniczył zarzuty odwołania do zarzutu dotyczącego. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i związanego z nim żądania unieważnienia tej czynności. W związku z tym w pozostałym zakresie cofnął odwołanie.
Wskazał na treść odpowiedzi na odwołanie KIO 510/23, omawiając przy tym obowiązki Zamawiającego, w ramach których ocenia on wyjaśnienia otrzymane od wykonawców, analizując skuteczność zastrzeżenia tajemnicy w oparciu o otrzymane uzasadnienie tego zastrzeżenia. Wskazał na brak inicjatywy Zamawiającego w tym zakresie, zauważając, że uznał on za wystarczające stwierdzenie, iż informacje mające stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa nie były publikowane i wykonawca ten dysponuje własnym systemem obiegu dokumentów. Zauważył także brak informacji o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Ocenił uzasadnienie zastrzeżenia jako nadmiernie ogólnikowe. Zauważył, że w odwołaniu KIO 413/23 zaskarżono wprost zaniechanie odrzucenia oferty, wskazując na okoliczności znane w dacie wniesienia odwołania, w szczególności zaniechanie ujawnienia istotnych informacji dot. oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Stwierdził, że uwzględnienie zarzutów ma wpływ na wynik postepowania. Podkreślił nieskuteczność zastrzeżenia przez Przystępującego informacji jako mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań. Podtrzymał stanowisko przedstawione w pisemnej odpowiedzi. Stwierdził, że brak odtajnienia treści wyjaśnień nie pozostaje w bezpośrednim lub adekwatnym związku z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej. Przypomniał, że ocena oferty i złożonych do niej wyjaśnień dot. wysokości zaoferowanej ceny należy do kompetencji Zamawiającego i w tym zakresie wykonał czynności wymagane.
Odnośnie uznania zasadności zastrzeżenia tajemnicy podtrzymał stanowisko, że uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę zawierało wymagane elementy, w tym informacje o wartości gospodarczej oraz podjęte działania w celu zachowania tajemnicy.
Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na działania mające na celu utrzymanie poufności opisane w uzasadnieniu zastrzeżeniu tajemnicy oraz złożone w wyjaśnieniach dowody w postaci faktur, umów o prace, kontraktów w zakresie działalności, w tym reglamentowanej, kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa i korzystania z czynnika synergii.
Stwierdził, że brak zarzutów odwołania choćby sformułowanego jako ewentualny, a dot. RNC, co skutkować by miało odrzuceniem oferty, stanowi dodatkowy argument co do oddalenia odwołań. Przypomina wyrok SO powołany w odpowiedzi na odwołanie.
Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołań na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznaje, że odwołujący ma interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy pzp w uzyskaniu zamówienia stanowiący materialnoprawną przesłankę rozpoznania obydwu odwołań. Wprawdzie zarzuty odwołań nie zostały sformułowane wprost jako naruszenie przepisów ustawy prowadzące do nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, to z żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej należy wnioskować o takim zarzucie, w tym także co do rażąco niskiej ceny, co prowadziłoby do obowiązku odrzucenia oferty. Na poparcie zasadności tego stanowiska można przytoczyć wyrok TSUE z 15 września 2022 r. C-669/20 Veridos GmbH, zgodnie z którym wykonawcy mogą wnieść odwołanie zarówno w przypadku decyzji o odrzuceniu lub dopuszczeniu oferty, jak i w przypadku zaniechania żądania wyjaśnień z uwagi na brak wątpliwości odnośnie do istnienia rażąco niskiej ceny.

Ustalono, że w dniu 14.02.2023 r. zamawiający udostępnił odwołującemu wcześniej nieprzekazane uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego.
W ocenie składu orzekającego ocena wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny brutto oferty (całkowitej wartości brutto), w tym jej istotnych części składowych, tzn. ceny jednostkowej za zagospodarowanie 1 Mg odpadów będących przedmiotem zamówienia, została dokonana przez zamawiającego profesjonalnie i prawidłowo, co oznacza zweryfikowanie potwierdzenia możliwości realizacji zamówienia po wskazanej w ofercie stawce jednostkowej za 1 Mg odpadów.
Zastrzeżenia informacji w tym zakresie jako tajemnica przedsiębiorstwa winno być uznane za skuteczne, a w warstwie merytorycznej prowadzące do potwierdzenia możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia.
Mając powyższe na uwadze, zasadne jest stwierdzenie, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej nie naruszając przepisów ustawy Pzp.
W konsekwencji zarzut dotyczący dokonania niezgodnego z ustawą wyboru oferty najkorzystniejszej, jest niezasadny, tym samym i w konsekwencji nie zasługuje na uwzględnienie żądanie Odwołującego nakazania unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu dla zadania 2 oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
Oczywiste jest i przypomniane przez strony jest, stwierdzenie, iż zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność wyrażona w art. 18 ust. 1 Pzp z wyjątkami przewidzianymi w ustępie 3 przepisu, jako że zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
W ocenie Zamawiającego, którą to ocenę Izba podziela,Wykonawca KOM-EKO wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie jak dla innych przedsiębiorców funkcjonujących na rynku, dla tego wykonawcy informacje ujęte w wyjaśnieniach stanowią obiektywną wartość gospodarczą. Zestawienie kalkulacji cenowej wraz z informacjami ujętymi w piśmie stanowi wiedzę o tym wykonawcy i stosowanej przez nią polityce finansowej, organizacyjnej i handlowej, których ujawnienie każdej z osoba lub łącznie, może istotnie zaszkodzić prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej.
Informacje o KOM_EKO, warunkach na jakich nabywa on usługi, warunkach pracy oraz jego polityce cenowej stwarzać mogą nieuprawnioną przewagę konkurentom pozwalającą im przewidzieć strategię i zachowania KOM-EKO w prowadzonej działalności, w tym w innych przetargach. Zauważyć należy, że przedmiot zamówienia dotyczy działalności

na rynku częściowo regulowanym przez reglamentację administracyjną czynności i podmiotów w zakresie zagospodarowania odpadami. Informacje szczegółowe na temat wysokości kosztów, relacji z kontrahentami, umów, zadań lub klientów samodzielnie, stanowią informacje wrażliwe, strategię konkurencyjną oraz strategię cenową. Ich ujawnienie pozwalałoby stronom trzecim rozpoznać szczegółową charakterystykę kosztową spółki oraz stosowaną przez nią strategię cenową, co w efekcie tworzy podstawę do wykorzystania przedmiotowych informacji przeciwko KOM-EKO w działaniach rynkowych, wpływając niekorzystnie nie tylko na pozycję KOM-EKO (np. w postępowaniach przetargowych), ale także na poziom cen na rynku.
Biorąc pod uwagę powyższe ujawnienie wyjaśnień ceny i dowodów na ich poparcie złożonych przez przystępującego mogłoby służyć konkurentom nie tyle analizowaniu kalkulacji cenowej w tym postępowaniu, co innych postępowaniach z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.
W takim stanie rzeczy, zarzut zaniechania udostępnienia informacji gospodarczych zastrzeżonych przez wykonawcę jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest w ocenie składu orzekającego niezasadny i żądanie z niego wywiedzione nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). W poczet kosztów zasądzonych na rzecz zamawiającego zaliczono kwotę 3 600 zł wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika w granicach limitu kosztów ponoszonych na wynagrodzenie oraz wydatki zgodnie z art. 576 ustawy pzp oraz koszty dojazdu na posiedzenie w kwocie 889,17 zł, które zgodnie z § 5 pkt 2 a rozporządzenia nie są objęte wyżej wskazanym limitem.

Przewodniczący: ……..