

Sygn. akt: KIO 3276/23

WYROK
z dnia 20 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **RDF Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce** oraz **MPK Pure Home Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Marki**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Partner**

Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz **PARTNER D.A Sp. z o.o.**

z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 3276/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Marki [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Marki (Sektor 1 – Marki Północne) powstałych na nieruchomościach zamieszkałych w latach 2024-2025* (znak postępowania: WZP.271.43.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lipca 2023 r. pod numerem nr 2023/S 137-437250.

W dniu 2 listopada 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia RDF Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce oraz MPK Pure Home Sp. z o.o.

z siedzibą w Ostrołęce [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [dalej jako „uznk”] w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez wadliwą ocenę skuteczności dokonanej przez Konsorcjum Partner zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w Wykazie instalacji załączonym do oferty i niezasadne przyjęcie, że Konsorcjum Partner wykazało, że informacje te mają wartość gospodarczą, a w konsekwencji, że informacje te zostały przez tego wykonawcę skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W wyniku tych działań Zamawiający błędnie nie udostępnił wskazanych informacji Odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania i równego traktowania wykonawców, przez co utrudnił też wykonawcom udział w Postępowaniu, ograniczając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez Konsorcjum Partner.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Wykazu instalacji załączonego do oferty Konsorcjum Partner.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. Uzasadniał, że w dniu 18 października 2023 r. złożył Zamawiającemu wniosek o udostępnienie Wykazu instalacji załączonego do oferty Konsorcjum Partner, wskazując w tym wniosku termin, w jakim żąda udostępnienia informacji - 5 dni od otrzymania wniosku, tj. do dnia 23 października 2023 r. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien zastosować standard oceny informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa w równy, sprawiedliwy sposób względem wszystkich wykonawców, zgodnie z art. 16 pkt 1 Pzp, a wobec tego skoro zgodnie

z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2680/23, był zobowiązany do odtajnienia dokumentów szczególnie wrażliwych, tj. dotyczących postępowania restrukturyzacyjnego MPK Pure Home sp. z o.o., to tym bardziej powinien odtajnić Wykaz instalacji Konsorcjum Partner, który takich danych nie zawiera, a informacje w nim zawarte nie

mają w rzeczywistości wartości gospodarczej. Mimo to, Zamawiający nie odpowiedział na jego wniosek, więc Odwołujący z ostrożności procesowej potraktował brak odpowiedzi jako odpowiedź odmowną. W tej sytuacji wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne.

Odwołujący wskazał, iż Konsorcjum Partner złożyło wraz z ofertą Wykaz instalacji, sporządzony według wzoru z Załącznika 2a do SWZ, zgodnie z wymogiem Zamawiającego

z Rozdziału XIII pkt 2 ppkt 1 SWZ. Zamawiający w Załączniku 2a do SWZ żądał podania

w Wykazie instalacji następujących informacji: kod odpadu, numer miejsca prowadzenia działalności (MPD/nr rejestrowy) z bazy BDO, prowadzący instalację, nazwa instalacji (zgodna z posiadanymi przez danego prowadzącego instalację decyzjami) oraz adres instalacji (pełen adres instalacji, tj. ulica, nr porządkowy, kod pocztowy, miejscowość/nr działki, obręb).

Wskazał, że żadne z powyższych informacji nie mogą być zastrzeżone, ponieważ nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, tj. nie zawierają informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa ani też nie posiadają wartości gospodarczej. Informacje wymagane w Wykazie instalacji odnoszą się do samego tylko wskazania podmiotu prowadzącego instalację, nazwy instalacji oraz jej adresu – nie ma tam natomiast informacji o warunkach współpracy wykonawcy oraz podmiotu prowadzącego instalację, w tym informacji o kosztach zagospodarowania odpadów.

Zamawiający nie dostrzega że, Odwołujący domaga się udostępnienia wyłącznie Wykazu instalacji Konsorcjum Partner, a udostępnienie tych danych w żaden sposób nie zagraża „interesom” Konsorcjum Partner. Same nazwy instalacji w kraju (wraz z kodami odpadów, które mogą zagospodarować, numerem BDO i adresem) są bowiem dostępne

w trybie dostępu do informacji publicznej – a Odwołujący nie żąda nic więcej, niż jest dostępne publicznie. Dane te nie pozwalają przy tym na odtworzenie jakiegokolwiek strategii kalkulowania ceny ofertowej, nie świadczą o przewadze Konsorcjum Partner, bowiem sam fakt, że Konsorcjum Partner współpracuje z określonymi podmiotami ma bowiem charakter informacji neutralnych. Z treści Wykazu Instalacji Odwołujący nie wyczyta bowiem np. po jakich cenach Konsorcjum Partner przekazuje odpady do zagospodarowania, nie dowie się, jaki ma charakter współpraca z Instalacją (czy jest krótkotrwała, długotrwała, jaki tonaż odpadów ma być przekazywany do instalacji). W zasadzie z Wykazu instalacji Odwołujący dowie się wyłącznie, z jakim podmiotem Konsorcjum Partner zamierza współpracować – informacja ta wartości gospodarczej nie posiada.

Odwołujący podkreślał, że ocena skuteczności zastrzeżenia informacji musi być dokonywana indywidualnie, w każdym postępowaniu przez Zamawiającego. Przywołał wyrok KIO z dnia 27 maja 2019 r. sygn. akt: KIO 845/19.

Następnie Odwołujący odniósł się do definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa

w rozumieniu przepisów uznk oraz obowiązków Zamawiającego w kontekście badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący uzasadniał, że zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączone do oferty Konsorcjum Partner jest nieskuteczne. Konsorcjum Partner wskazuje na str. 2 Zastrzeżenia, że „*informacje zawarte w Wykazie w powiązaniu z wyceną ofertową Wykonawcy pozwolili mogą na ustalenia poziomu zakupu usług przez Wykonawcę od jego kontrahentów*”. To stanowisko jest nieprawdziwe – cena ofertowa wszystkich wykonawców została „rozbita” wyłącznie na ceny jednostkowe ośmiu grup odpadów wyróżnionych przez Zamawiającego w Formularzu ofertowym. Każda pozycja cenowa zawiera koszty nie tylko zagospodarowania odpadów w instalacji, ale też odbioru tych odpadów z wykorzystaniem tzw. śmieciarek, transportu i przeładunku odpadów oraz pozostałych kosztów realizacji zamówienia. Nie jest zatem możliwe, by na podstawie informacji zawartych w Wykazie instalacji w powiązaniu z wyceną ofertową Wykonawcy ustalić „*poziom zakupu usług przez Wykonawcę od jego kontrahentów*”.

Odwołujący przedstawił ceny Konsorcjum Partner zawarte w ofercie.

Zwracał uwagę, że zgodnie z uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, jakie złożyło Konsorcjum Partner, wykonawca odwołuje się do kalkulacji, które stanowią jego know-how, będącej wynikiem jego strategii budowania ceny ofertowej i która ma przesądzać o jego przewadze nad konkurentami. Tymczasem, na podstawie kalkulacji cenowej z oferty Konsorcjum Partner oraz na podstawie Wykazu instalacji Konsorcjum Partner nie da się odtworzyć kalkulacji kosztów np. zagospodarowania odpadów, ponieważ wyższa cena jednostkowa zawiera w sobie również koszty odbioru odpadów (śmieciarek, pracowników, pojemników, paliwa itd.), transportu odpadów oraz wiele innych składających się na niniejsze zamówienie. Do kwestii tej odnosi się wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 15 czerwca 2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 95/18. Wskazał, że wyrok ten odnosi się wprawdzie do podawania parametrów zaoferowanego, niemniej analogicznie oceniać należy Wykaz instalacji Konsorcjum Partner. Także w tym przypadku samo podanie nazw instalacji bez wskazania cen za zagospodarowanie odpadów, nie niesie ze sobą żadnej wartości gospodarczej dla konkurenta. Zamawiający uzyskuje od wykonawcy w takiej sytuacji tylko informację, jak to określa Sąd, typu: „know-about”, które nie są równoznaczne z informacjami o tym, jaka cena za zagospodarowanie poszczególnych rodzajów odpadów Konsorcjum Partner została skalkulowana, jakie warunki współpracy wynegocjował z instalacjami -

informacjami typu: „know-how”. W przypadku informacji określanych przez Sąd jako „know-about” nie ma podstaw do objęcia ich zastrzeżeniem ceny i z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Dalej Konsorcjum Partner wskazuje na str. 3 Zastrzeżenia, że „ujawnienie tych informacji niesie więc za sobą ryzyko przejścia kontaktów biznesowych przez konkurencję”. Należy wskazać, że grono potencjalnych podmiotów prowadzących instalacje jest znane wszystkim wykonawcom, ponieważ prowadzenie instalacji do zagospodarowania odpadów wymaga posiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów, o którym mowa w art. 41 ust. 1

i nast. ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, które to decyzje są jawne. Zatem, uzyskanie przez pozostałych wykonawców Wykazu instalacji Konsorcjum Partner nie niesie za sobą ryzyka przejścia kontaktów biznesowych, ponieważ takie potencjalne ryzyko istnieje cały czas, niezależnie od trwania niniejszego Postępowania. Uzyskanie tych informacji ma znaczenie tylko w zakresie niniejszego Postępowania, zatem nie może zostać ograniczone.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Partner powołuje się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej z 2010, 2011 i 2014 roku – jest to stanowisko nieaktualne, a od wydania wyroków znacząco zmieniło się podejście do oceny skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z uwagi na ogólną zasadę jawności postępowania, zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć charakter wyjątku, a nie praktyki mającej na celu ograniczenie możliwości zweryfikowania oferty wykonawcy przez innych wykonawców. Ponadto, orzecznictwo to potwierdza jedynie, że co prawda niektóre informacje w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą zostać zastrzeżone po spełnieniu określonych warunków, jednak w ogóle nie odnoszą się do instalacji w przetargach na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Skoro Konsorcjum Partner nie spełniło tych warunków – Wykaz instalacji powinien zostać odtajniony.

Dalej Konsorcjum Partner wskazuje na str. 4 Zastrzeżenia, że „ich ujawnienie może narazić Wykonawcę na negatywne konsekwencje w postaci: utraty danego kontrahenta”. Odwołujący podkreślał, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek zabezpieczenia relacji gospodarczych z partnerami, np. poprzez kary umowne, a obowiązek ten nie może być za każdym razem „przerzucony” na Zamawiającego.

Ponadto, Konsorcjum Partner wskazuje na str. 13 Zastrzeżenia, że „Wykonawca wycenia tajemnicę przedsiębiorstwa, jaką stanowią informacje zawarte w zastrzeżonym Wykazie, na kwotę co najmniej 2.000.000,00 zł (uwzględniając także kary umowne z tytułu ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa)”. Jest to niewiarygodna próba obejścia wymogu określenia wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Odwołujący stoi na stanowisku, że Konsorcjum Partner w żaden sposób nie udowodniło ani nie wykazało tej wartości gospodarczej, a tylko odniósł się do zupełnie abstrakcyjnej kwoty – co należy uznać za zupełnie niewiarygodne.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Partner nie sprostало obowiązkowi wykazania, że objęte niniejszym zarzutem informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Konsorcjum Partner powołuje się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wydane

w innych stanach faktycznych, nieznanymi zastosowaniami w niniejszym Postępowaniu – uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa do złożonych wyjaśnień ceny ma charakter ogólny, lakoniczny i wręcz schematyczny. Mając na uwadze szablonowy charakter uzasadnienia mogłoby ono w zasadzie pasować do każdego postępowania. W uzasadnieniu próżno szukać uzasadnienia co do istotności oraz wyjątkowości informacji z punktu widzenia wykonawcy. Zatem Konsorcjum Partner nie zastrzegło skutecznie Wykazu instalacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący złożył w Postępowaniu Wykaz instalacji i nie zastrzegł go jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a wręcz zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie niezbędny zakres informacji i dokumentów – co i tak zostało uznane za nieskuteczne przez wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2680/23. Tym bardziej więc należy uznać za nieskuteczną próbę utajnienia przez Konsorcjum Partner informacji zawartych w Wykazie instalacji, które nie posiadają żadnej wartości gospodarczej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 listopada 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępującego Izba oddaliła wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Przystępującego niniejsze odwołanie zostało wniesione po upływie ustawowego terminu. Przystępujący podnosił, iż termin na wniesienie odwołania należałoby liczyć od daty, w której Odwołujący otrzymał od Zamawiającego ofertę Konsorcjum Partner.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Odnosząc się do zgłoszonego wniosku Izba wskazuje, iż z dokumentów zamówienia nie wynika, że Zamawiający zakończył już proces badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego. Jednocześnie z akt sprawy wynika, iż Zamawiający nie dokonał dotychczas wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazać należy, że ustawodawca nie uregulował w ustawie Pzp konkretnego momentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do którego zamawiający powinien zakończyć weryfikację zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również czasu na dokonanie tej czynności. Z uwagi jednak na treść art. 74 ustawy Pzp stwierdzić należy, że zasadą jest, iż o zaniechaniu zamawiającego w dokonaniu weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa można mówić w sposób pewny od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej.

W świetle powyższego wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp podlegał oddaleniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Partner Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz PARTNER D.A. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Przystępujący” lub „Konsorcjum Partner”] zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Skład orzekający Izby wzięły pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 16 listopada 2023 r.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zdaniem Izby odwołanie podlegało oddaleniu z uwagi na brak po stronie Odwołującego legitymacji do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania oraz brak czynności zamawiającego lub zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Za przyjęciem takiego zapatrywania przemawiają następujące argumenty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk przez wadliwą ocenę skuteczności dokonanego przez Konsorcjum Partner zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazie instalacji załączonym do oferty

i niezasadne przyjęcie, że Konsorcjum Partner wykazało, że informacje te mają wartość gospodarczą, a w konsekwencji, że informacje te zostały przez tego wykonawcę skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego, w wyniku tych działań, Zamawiający błędnie nie udostępnił wskazanych informacji Odwołującemu, co

w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania i równego traktowania wykonawców, przez co utrudnił też wykonawcom udział w postępowaniu, ograniczając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez Konsorcjum Partner.

Stosownie do art. 505 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Zgodnie natomiast z art. 513 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje na: 1) niezgodną

z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; 2)

zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Przenosząc powyższe przepisy na okoliczności przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż Konsorcjum Partner wraz z ofertą złożyło wykaz instalacji sporządzony według wzoru z załącznika 2a do SWZ zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. W dniu 18 października 2023 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie wykazu instalacji załączonego do oferty Przystępującego, podając we wniosku termin,

w jakim Wykonawca żąda udostępnienia dokumentu, tj. do dnia 23 października 2023 r. Poza sporem między Stronami było, że Zamawiający na ww. wniosek nie odpowiedział, co Odwołujący odczytał jako odmowę udostępnienia żądanych informacji i jak wskazał

w odwołaniu „z ostrożności, by w przyszłości niniejszy zarzut nie został uznany za spóźniony, został zmuszony do wniesienia niniejszego odwołania w terminie 2 listopada 2023 r. (10 dnia od 23 października 2023 r.), traktując milczenie Zamawiającego jako odmowę”.

Mając na względzie powyższe w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż podmiotem prowadzącym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest zamawiający. To zamawiający będący gospodarzem i organizatorem postępowania, a nie wykonawca, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, wyznaczając wykonawcom terminy na dokonanie czynności podejmowanych w postępowaniu. Tymczasem w niniejszym przypadku, to Odwołujący zastosował tryb nieznanym ustawie Pzp i wyznaczył Zamawiającemu termin, w którym domagał się udostępnienia określonych dokumentów.

Działanie Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz

z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż

w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem lub zdanie drugie. Nie znajduje ono potwierdzenia także w § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i technologii w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 18 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2434), zgodnie z którym, zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie.

W kontekście powyższego zauważenia wymaga, że ustawodawca nie uregulował

w ustawie Pzp konkretnego momentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do którego zamawiający powinien zakończyć weryfikację zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również czasu na dokonanie tej czynności. Mając jednak na uwadze treść art. 74 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, że zasadą jest, iż o zaniechaniu zamawiającego w dokonaniu weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa można mówić w sposób pewny od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym jeżeli w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający nie poinformował wykonawców o zakończeniu badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i o wynikach tego badania, a przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego takiego obowiązku, to termin na wniesienie odwołania na zaniechanie zamawiającego w tym zakresie należy liczyć od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej.

W rozpoznawanej sprawie, na dzień posiedzenia wyznaczonego z udziałem Stron

i Uczestnika, tj. 16 listopada 2023 r., niesporne było, że Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej oraz że proces badania i oceny ofert jest w toku, bowiem Zamawiający skorzystał z uprawnienia, o którym mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp

i skierował do wykonawców stosowne wezwania. Zamawiający wyjaśnił ponadto, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie kierował do wykonawców pism informujących

o zakończeniu badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego

w złożonych ofertach.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, że uwzględniając m.in. wyrażoną

w art. 20 ust. 1 ustawy Pzp zasadę pisemności postępowania, za niewiarygodne uznała stanowisko Zamawiającego o zakończeniu badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego w ofertach, skoro czynności tej Zamawiający nie dał wyrazu

w dokumentach zamówienia. Wskazać nadto należy, że oświadczenie Zamawiającego

złożone w toku postępowania odwoławczego w powyższym zakresie nie mogło zostać uznane za skuteczne, bowiem nie stanowi ono czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie może jej zastępować.

W świetle powyższego Izba doszła do przekonania, iż w okolicznościach sprawy odwołanie nie przysługiwało. Na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie może być mowy o czynności Zamawiającego lub zaniechaniu czynności w postępowaniu

o udzielenie zamówienia, skoro z dokumentów zamówienia nie wynika, czy Zamawiający zakończył już analizę prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez wykonawców w ofertach oraz jaki jest jej wynik. Co więcej, sam Zamawiający w toku posiedzenia przyznał, iż proces badania ofert, którego przecież elementem składowym jest ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jest w toku. Wskazać także należy, iż Odwołujący, który podniósł zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk przez wadliwą ocenę skuteczności dokonanego przez Konsorcjum Partner zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazie instalacji załączonym do oferty nie wyjaśnił Izbie, na podstawie jakich okoliczności faktycznych wyprowadził wnioski, że ocena prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Partner została już dokonana. Stanowisko Przystępującego oparte zostało na przypuszczeniach i wynikało

w istocie z przedwczesnych działań samego Odwołującego.

W realiach sprawy nie sposób również mówić o jakimkolwiek zaniechaniu Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że w świetle art. 513 pkt 2 ustawy Pzp,

o zaniechaniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia można mówić, w sytuacji gdy przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązują zamawiającego do jej dokonania czy też dokonania w określonym ustawą terminie. W niniejszym przypadku niewątpliwie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, stanowiąca graniczny moment weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie została dokonana, czego Odwołujący był świadomy.

Z powyższymi okolicznościami faktycznymi przedmiotowej sprawy skorelowany jest brak legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania. Wskazać należy, iż na gruncie

art. 505 ust. 1 ustawy Pzp wymaga stwierdzenia, że wnoszący odwołanie wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowany poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dopiero takie rozumienie interesu warunkuje zasadność skorzystania ze środków ochrony prawnej i przekłada się na merytoryczne rozpoznanie zarzutów.

W niniejszej sprawie przesłanki materialnoprawne wniesienia odwołania nie zostały wykazane. Izba wskazuje, że analiza odwołania prowadzi do wniosku, że asumptem do wniesienia środka ochrony prawnej były okoliczności, które miały miejsce w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym przeprowadzona przez Zamawiającego ocena prawidłowości skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez obecnego Odwołującego w wyniku odwołania wniesionego przez obecnego Przystępującego została wzruszona wyrokiem Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 2860/23. Z powyższych względów – jak wskazano w odwołaniu - Odwołujący chciał poddać ocenie, *„Wykaz instalacji Konsorcjum Partner i w zależności od wyników tej analizy, podjąć dalsze działania, których skutkiem mogłoby być odrzucenie oferty Konsorcjum Partner”*. Wskazać należy, co zresztą dostrzegł sam Odwołujący, iż na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, jego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu

w rankingu ofert. W świetle powyższego interes Odwołującego nie koncentruje się na tym, aby poprawić sytuację wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i uzyskać zamówienie, a zmierza jedynie do ujawnienia wykazu instalacji zastrzeżonego przez konkurenta pomimo, że czynność ta na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia pozostaje bez wpływu na pozycję Odwołującego. Podnoszone przez Odwołującego dążenie do odrzucenia w przyszłości oferty Przystępującego nie wpisuje się

w wymaganiu skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej, które jest immamentnie związane z wykazaniem celu w postaci poprawy sytuacji Odwołującego. Co więcej, jak już wskazano powyżej, w przedmiotowej sprawie nie sposób w ogóle mówić o czynności Zamawiającego lub zaniechaniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, skoro nie wykazano, że Zamawiający zakończył już weryfikację skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej w ofertach. Tym samym nie sposób uznać, iż Odwołujący ma lub miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, która została zniweczona niezgodnymi z ustawą Pzp czynnościami Zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany. Brak jest zatem możliwości poniesienia przez Odwołującego jakiegokolwiek szkody będącej wynikiem ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Jednocześnie dostrzec należy, iż sam Odwołujący w treści odwołania przyznał, że złożył odwołanie niejako „z ostrożności”, na wypadek żeby objęty niniejszym odwołaniem zarzut nie został w przyszłości uznany za spóźniony, podczas gdy regulacja zawarta

w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp nie ma charakteru warunkowego czy niejako „na zapas”.

Podsumowując powyższe, wskazać należy, iż brak wykazania przesłanek materialnoprawnych wniesienia odwołania oraz czynności zamawiającego lub zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy uzasadniają oddalenie odwołania. Oddalenie odwołania z uwagi na powyższe uzasadnia z kolei niepoddawanie rozpoznaniu zarzutów merytorycznych podnoszonych w odwołaniu, z uwagi na stwierdzony brak dopuszczalności tego odwołania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: