

Sygn. akt XXIII Zs 43/22

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 maja 2022 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych
w składzie:

Przewodniczący: Sędzia Sylwia Paschke

Protokolant: protokolant Dominika Borden

po rozpoznaniu w dniu 25 maja 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem zamawiającego (...) spółki akcyjnej w W.

odwołującego: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

ze skargi (...) spółki akcyjnej w W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 3 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 131/22

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 1 i oddala odwołanie w zakresie pierwszego zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia i udostępnienia pełnej treści wyjaśnień wraz z załącznikami złożonych przez (...) spółkę akcyjną w W. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny

II. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz (...) spółki akcyjnej w W. kwotę 52.500 zł (pięćdziesiąt dwa tysiące pięćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym kwotę 7.500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sędzia Sylwia Paschke

Sygn. akt XXIII Zs 43/22

UZASADNIENIA

Zamawiający (...) Spółka akcyjna z siedzibą w W. prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, dalej: „PZP”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych, znak sprawy: (...). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 sierpnia 2021 r. pod numerem (...).

W dniu 17 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2020 r. nr 1913 ze zm.) („UZNK”) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia pełnej treści wyjaśnień wraz z załącznikami złożonych przez (...) S.A. ((...)) z dnia 30 listopada 2021 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego

w trybie art. 224 Ustawy, pomimo że z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy informacji złożonego przez (...) nie wynika, że informacje te spełniają łącznie przesłanki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa (...) w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, a zatem są jawne i winne zostać udostępnione przez Zamawiającego Odwołującemu;

2) art. 224 ust. 5 Ustawy oraz art. 224 ust. 6 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...), pomimo że wykonawca ten, będąc prawidłowo wezwanym przez Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie ceny oferty pismem z dnia 30 listopada 2021 r. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...), pomimo, że cena oferty (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4) art. 226 ust. 1 pkt 7) Ustawy w zw. z art. 3 ust.1 i art. 15 ust.1 pkt 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (...), pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

a w konsekwencji naruszenie art. 16 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień wraz z załącznikami złożonych przez (...) z dnia 30 listopada 2021 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 Ustawy; unieważnienie czynności wyboru oferty (...) jako najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania i oceny ofert; odrzucenie oferty (...) i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W dniu 20 stycznia 2022 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca (...) S. A. z siedzibą w W.. Wyraził on również swoje stanowisko procesowe w piśmie z dnia 31 stycznia 2022 r. Podtrzymał zgłoszony w przystąpieniu wniosek o oddalenie odwołania oraz przedstawił argumentację na poparcie swoich twierdzeń.

W dniu 28 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie zamawiającego (...) S.A. z siedzibą w W., w której wniósł on o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając szczegółową argumentację dotyczącą poszczególnych zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa koncentrowały się przede wszystkim wokół uzasadnienia, że wszystkie przesłanki wskazane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zostały wykazane przez wykonawcę (...) składającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Wyrokiem z 3 lutego 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1. uwzględniła odwołanie w zakresie pierwszego zarzutu odwołania, dotyczącego zaniechania odtajnienia i udostępnienia pełnej treści wyjaśnień wraz z załącznikami złożonych przez (...) S. A. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy (...) S. A. w zakresie oferowanej ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w pkt 2. w pozostałej części odwołanie oddaliła, w pkt 3. zaliczyła w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł poniesioną przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izłą, w pkt 4. kosztami postępowania odwoławczego obciążyła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego w 1/5 zamawiającego oraz w 4/5 odwołującego, w pkt 5. zasądziła od zamawiającego (...) Spółki akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz odwołującego (...) Sp. z o. o. z siedzibą w W. kwotę 3 720 zł stanowiącą 1/5 wysokości uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przed Izłą.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane

do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje: odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie zarzutu nr 1, w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy pzp. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę (...) S. A. z siedzibą w W. ustalając, że przystąpienie wpłynęło w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy PZP.

W ramach prowadzonego postępowania odwoławczego Izba postanowiła dopuścić dowody przedłożone przez odwołującego na rozprawie. Izba uznała je za wiarygodne w zakresie w jakim wskazują na pewien sposób kalkulacji kosztów wykonania przedmiotu zamówienia przez podmiot, który tę kalkulację sporządził. W związku zatem z odmienną oceną prawną rozpatrywanego zagadnienia Izba uznała przedłożone dowody za nieprzydatne do rozstrzygnięcia w tym konkretnym stanie faktycznym. Izba pominęła z kolei dowód w postaci oferty na dostawę routerów, która częściowo sporządzona została w języku angielskim oraz wycenę zakupu switchy, z tego samego powodu. Za niewiarygodny Izba uznała z kolei raport dotyczący przyłączy posiadanych przez określone podmioty w danych lokalizacjach, z uwagi na niewiadome źródło pochodzenia, brak wskazania metodyki gromadzenia danych w nim zawartych oraz ogólną nieczytelność przedłożonego raportu.

Izba ustaliła, że Zamawiający(...)Spółka akcyjna z siedzibą w W. prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych, znak sprawy: (...). Zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz treścią ogłoszenia o zamówieniu, kryterium jakim kierował się Zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej była cena oferty - waga 100 %. Do dnia 17 listopada 2021 r., godz. 12:30, tj. do momentu upływu terminu składania ofert, wpłynęły 4 oferty, w tym m. in. oferta odwołującego- opiewająca na kwotę 5 145 336,00 zł brutto uwzględniając wartość opcji oraz przystępującego - opiewająca na kwotę 4 222 275,12 zł brutto uwzględniając wartość opcji. Pozostałe oferty opiewały na kwotę odpowiednio 10 966 756,75 zł brutto oraz kwotę 8 533 136,81 zł brutto.

W dniu 22.11.2021 r. zamawiający skierował do wykonawcy (...) S. A. wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z treścią wezwania: (...) S.A. działając na podstawie art. 224 ust 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych wzywa do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem świadczonych usług;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków świadczenia usług;
- 3) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 4) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 7) założeń i metodologii przyjętych do wyliczenia ceny oferty”.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, wykonawca (...) S. A. pismem z dnia 30.11.2021 r. przedstawił żądane wyjaśnienia. W wyjaśnieniach wskazano, że „pkt V i VI wyjaśnień oraz załączniki do pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z powyższym wnosimy o ich nieudostępnianie podmiotom do tego nieupoważnionym,

w szczególności innym wykonawcom". Wykonawca (...) w przedmiotowym piśmie, oprócz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przedstawił również uzasadnienie objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jako załącznik do pisma, wykonawca (...) przedstawił szczegółową kalkulację kosztów, przedstawiającą czynniki cenotwórcze oferty złożonej w niniejszym postępowaniu. Podkreślił, że analiza ta obejmuje wszystkie aspekty wskazane przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 22.11.2021 r., które znajdują zastosowanie przy wycenie przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu oraz przedstawił konkretne wyliczenia, których suma złożyła się na wysokość ceny oferty zaoferowanej w niniejszym postępowaniu. Do kalkulacji załączone zostały dołączone również liczne dowody.

Następnie zamawiający pismem z dnia 13.12.2021 r., wezwał wykonawcę (...) S. A., do złożenia podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z informacjami zamieszczonymi w SWZ.

Zgodnie z informacją o wyniku postępowania z dnia 07.01.2021 r., zamawiający ocenił oferty na podstawie jedynego kryterium oceny ofert i przyznał ofercie przystępującego 100,00 pkt, ofercie odwołującego 82,06 pkt i pozostałym ofertom odpowiednio 49,48 pkt i 38,50 pkt.

W ramach rozważań prawnych Izba wskazała, że odwołanie w zakresie jednego z podniesionych zarzutów było zasadne i podlega uwzględnieniu. Izba stanęła na stanowisku, że możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana, traktowana rozszerzająco, bądź oceniana na zasadzie analogii do innych sytuacji w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, kiedy to zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa okazało się skuteczne. Nie było uprawionym, zdaniem Izby, stanowisko przystępującego, jakoby skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w innym postępowaniu z tożsamym przedmiotem usług, gdzie Izba oddaliła odwołanie przy tożsamej argumentacji odwołującego, automatycznie przesądzało również o takim samym "rozstrzygnięciu w tym postępowaniu. Zdaniem Izby, nie została przez przystępującego wykazana przesłanka wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Sam fakt, że dane informacje przedstawiają sposób wyceny przedmiotu zamówienia, podstaw dokonywania tej wyceny oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia oraz twierdzenie, że stanowi to swoiste know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, nie stanowiło o tym, że informacje te posiadają wartość gospodarczą.

W ocenie Izby, nie wykazują wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji twierdzenia wykonawcy, zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że utajnione informacje stanowią o pozycji (...) w branży telekomunikacyjnej i jego przewadze konkurencyjnej nad innymi uczestnikami rynku, a ich ujawnienie wiąże się z możliwością poniesienia przez (...)szkody poprzez zmniejszenie szans na zaoferowanie w kolejnych postępowaniach konkurencyjnej ceny, a co za tym idzie pozyskanie kolejnych zamówień. W wyjaśnieniach wykonawcy brak było informacji, których ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję konkurencyjną (...) poprzez uzewnętrznienie jakiegoś rodzaju unikalnych rozwiązań, które nie są dostępne innym wykonawcom, a których pozyskanie naraziłoby wykonawcę na szkodę. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że w analizowanej sprawie Przystępujący nie sprostął ciężarowi łącznego udowodnienia przesłanek definicji legalnej pojęcia "tajemnicy przedsiębiorstwa". W konsekwencji zaś Zamawiający zaniechał czynności odtajnienia spornych informacji, z naruszeniem art. 18 ustawy PZP. Wobec powyższego, uwzględniając przedstawioną argumentację, zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Odnosząc się natomiast do pozostałych zarzutów, Izba w pierwszej kolejności zwróciła uwagę na okoliczność mającą znaczenie dla rozstrzygnięcia, a mianowicie sposób konstrukcji zarzutów i wniosków odwołania. Odwołujący bowiem kwestionował brak udostępnienia mu dokumentów złożonych przez Przystępującego, tj. treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami do tych wyjaśnień, jednocześnie stawiając zarzuty merytoryczne w zakresie braku wykazania przez przystępującego, że cena przez niego zaoferowana nie jest ceną rażąco niską, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny jego oferty. Tym samym, odwołujący domagając się merytorycznego rozpoznania przez Izbę, już na obecnym etapie, zarzutów dotyczących dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień przystępującego w zakresie ceny oferty, sam pozbawił się możliwości podniesienia takich zarzutów po ewentualnym uzyskaniu dostępu do pełnej treści dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba uznała, że zarzuty postawione w odwołaniu dotyczące ceny rażąco niskiej są stanowcze i nie

mają charakteru ewentualnego. Również na rozprawie nie nastąpiła zmiana stanowiska odwołującego w tym zakresie. Z tego względu Izba była zobowiązana do ich rozpatrzenia.

Przechodząc do merytorycznej oceny zasadności postawionego zarzutu, Izba stwierdziła, że w rozpatrywanym stanie faktycznym zaistniały okoliczności do obligatoryjnego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Cena oferty tego wykonawcy była bowiem aż o ok. 55% niższa od szacunkowej wartości zamówienia i o ok. 42% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Tak więc Przystępujący prawidłowo został wezwany do ich złożenia i w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego wyjaśnienia złożył.

Zdaniem Izby, przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami były na tyle wyczerpujące, że zamawiający miał prawo stwierdzić wypełnienie przez przystępującego obowiązku wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Izba po analizie wyjaśnień złożonych przez przystępującego oraz dowodów do nich załączonych, a także uwzględniając stanowiska i dowody przedstawione w toku postępowania odwoławczego stwierdziła, że stopień szczegółowości wyjaśnień złożonych przez Przystępującego oraz poparcie poszczególnych elementów wyjaśnień dowodami nie pozwalają na stwierdzenie, że wyjaśnienia Przystępującego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w stopniu pozwalającym na odrzucenie oferty.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że także zarzut nr 4 podniesiony w odwołaniu, a dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji oraz zarzut nr 5, jako zarzuty wynikowe wobec zarzutów związanych z rażąco niską ceną oferty Przystępującego, również podlegały oddaleniu.

W zakresie kosztów zastosowanie znalazł art. 557 w zw. z art. 574 ustawy PZP w zw. z §7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Skargę na powyższe złożył przystępujący – wykonawca (...) S.A., zaskarżając rozstrzygnięcie w części w jakiej KIO uwzględniła odwołanie (tj. pkt 1 wyroku) i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie wyjaśnień skarżącego w zakresie oferowanej ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Skarżonemu wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej zarzucono naruszenie:

1. przepisów prawa materialnego, tj.: art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), dalej: „uznk” poprzez jego nieprawidłową wykładnię i zastosowanie co doprowadziło do błędnego uznania, że (...) nie wykazał przesłanek do zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami jako tajemnicy przedsiębiorstwa pomimo, iż uzasadnienie zastrzeżenia informacji wyczerpywało ustawowe przesłanki;

2. przepisów postępowania, mających istotny wpływ na jego wynik, tj.:

a) art. 542 ust. 1 Pzp w związku z art. 552 ust. 1 Pzp poprzez dowolną i wybiórczą, a nie swobodną i wszechstronną ocenę dowodów oraz zaniechanie rozpatrzenia wszystkich okoliczności sprawy, co doprowadziło do błędnego uznania przez Izbę, że Skarżący na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wykazał przesłanek do zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

b) art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez uwzględnienie odwołania w zakresie naruszenia tych przepisów i nakazanie Zamawiającemu ujawnienia złożonych przez Skarżącego wyjaśnień ceny oferty podczas, gdy naruszenie przez zamawiającego art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk nie miało wpływu oraz nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania w sytuacji rozpatrzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów dalej idących i stwierdzenia, że oferta Skarżącego nie podlega odrzuceniu, co w konsekwencji powinno skutkować oddaleniem odwołania w całości.

Skarżący wniósł o uwzględnienie skargi oraz zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2022 r. w pkt 1 poprzez orzeczenie, że odwołanie podlega oddaleniu w zakresie pierwszego zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia i udostępnienia pełnej treści wyjaśnień wraz z załącznikami złożonych przez (...) w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny; obciążenie Przeciwnika skargi kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym oraz zasądzenie kosztów na rzecz Skarżącego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Ponadto skarżący wniósł o wydanie orzeczenia na podstawie materiału dowodowego zebranego w postępowaniu przed KIO.

W odpowiedzi przeciwnik skargi – wykonawca (...) sp. z o.o. wniósł o oddalenie jej w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Na podstawie art. 15zsz¹ pkt 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym z dniem 3 lipca 2021 r. sprawa podlegała rozpoznaniu przez Sąd odwoławczy w składzie 1-osobowym.

Przed przystąpieniem do konkretnej oceny skargi konieczne jest wskazanie na zmiany i zakres obowiązywania w tej sprawie przepisów „Prawa zamówień publicznych”. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: wprowPZP), z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: dPZP), która zastąpiona została ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019, dalej jako: nPZP). Zgodnie z art. 90 ust. 1 wprowPZP, do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie dPZP, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy wprowPZP do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w uchylanej ustawie dPZP, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy nPZP. W niniejszej sprawie, wobec tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostały wszczęte po 1 stycznia 2021 r., to w zakresie prawa materialnego, jak i materialnego stosuje się przepisy ustawy nPZP.

Skarga wykonawcy (...) S.A. zasługiwała na uwzględnienie w zakresie, w jakim prowadziła do zmiany zaskarżonego wyroku oddalenia odwołania w zakresie zarzutu pierwszego.

Sąd Okręgowy podzielił niesporne ustalenia faktyczne poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą, które odnoszą się do opisu przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mające odzwierciedlenie w dokumentach wytworzonych w trakcie tego postępowania i stanowiskach uczestników. Sąd Okręgowy nie podzielił ustaleń i oceny, a w konsekwencji uznał za trafne zarzuty błędnych ustaleń co do faktu, że konieczne jest ujawnienie przez skarżącego tajemnicy przedsiębiorstwa jaką zostały objęte wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedstawione w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2¹ k.p.c. (który na podstawie art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczył się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

W pierwszej kolejności zgodzić się należy z ustaleniami Izby, iż z uwagi na konstrukcję zarzutów odwołania odwołujący (...) pozbawił się niejako możliwości skorzystania z ochrony prawnej w zakresie dotyczącym dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień przystępującego w zakresie ceny oferty. Odwołujący bowiem kwestionował brak udostępnienia mu dokumentów złożonych przez Przystępującego (skarżącego), tj. treści wyjaśnień w zakresie rażąco

niskiej ceny wraz z załącznikami do tych wyjaśnień, jednocześnie stawiając zarzuty merytoryczne w zakresie braku wykazania przez przystępującego, że cena przez niego zaoferowana nie jest ceną rażąco niską, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny jego oferty. Co wymaga podkreślenia, odwołujący nie postawił zarzutów dalej idących (zmierzających do odrzucenia oferty przystępującego), a integralnie powiązanych z dokumentami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, jako zarzutów ewentualnych, rozpoznawanych dopiero w przypadku uznania przez Izbę za skuteczne zastrzeżenia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym, odwołujący domagając się merytorycznego rozpoznania przez Izbę, już na obecnym etapie, zarzutów dotyczących dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień przystępującego w zakresie ceny oferty, sam pozbawił się możliwości podniesienia takich zarzutów po ewentualnym uzyskaniu dostępu do pełnej treści dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wobec czego, nawet w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego naruszenia przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych i nakazania ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez skarżącego objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, nie będzie miało to wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie zaś z art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z ww. kwalifikowanego naruszenia wskazanej ustawy, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 stycznia 2020 r., KIO 58/20).

W niniejszej sprawie, Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie wyjaśnień wykonawcy (...) S.A. w zakresie zaoferowanej ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast, w ocenie Sądu Okręgowego, przy tak sformułowanych zarzutach odwołania i ich merytorycznym rozpoznaniu przez Izbę, nakazanie Zamawiającemu ujawnienia złożonych przez (...) wyjaśnień ceny oferty byłoby bezprzedmiotowe. Skoro bowiem Krajowa Izba Odwoławcza uznała za niezasadne zarzuty odwołania odnoszące się do niewykazania przez wykonawcę (...) braku rażąco niskiej ceny oferty, odwołujący utracił możliwość ponownego ich podnoszenia w przypadku ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy. Zatem ujawnienia przedmiotowej tajemnicy nie miało żadnego wpływu na tok dalszego postępowania, a w konsekwencji jego wynik. Uwzględnienie więc odwołania w zakresie zarzutu pierwszego było bezcelowe. Zdaniem Sądu Okręgowego, odwołanie w tym zakresie powinno zostać więc oddalone w myśl art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp, bez względu na jego zasadność. Z tego też względu, zaskarżony wyrok w pkt 1 należało zmienić i oddalić odwołanie również w zakresie zarzutu pierwszego.

Na wynik niniejszego postępowania wpływ miały także pozostałe okoliczności sprawy. Uwadze Sądu Okręgowego nie umknęło bowiem, że wykonawca (...) w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego również skorzystał z możliwości zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych na wezwanie Zamawiającego. Przy tym, wykonawca swoją argumentację zastrzeżenia tajemnicy oparł na takich samych założeniach, jakie podnosił wykonawca (...). Wobec czego, podnoszenie przez wykonawcę (...) zarzutów w przedmiocie błędnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę (...) należy uznać za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, jak też zasadami prawa zamówień publicznych. Z art. 16 pkt 1 nPzp, wynikają bowiem dwie, fundamentalne dla systemu zamówień publicznych, zasady ogólne: zasada równości oraz zasada uczciwej konkurencji. Zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych mają sprzyjać temu, aby te potrzeby były zaspokojone w jak najwyższym stopniu, czemu sprzyja uczciwe konkurowanie wykonawców o zamówienie. Wskazany cel zamówień publicznych nie jest więc spełniony wtedy, gdy jeden z wykonawców podnosi zarzuty, które mogą mieć zastosowanie również w odniesieniu do jego oferty. Wykonawca bowiem licząc na wyeliminowanie innego wykonawcy z postępowania, doprowadza do sytuacji, w której w obiegu pozostaje jego oferta, która jest obciążona takimi samymi błędami. Takie działanie nie zasługuje zaś na aprobatę.

Dlatego też, Sąd Okręgowy, mając na uwadze powyższe, z przyczyn formalnych uwzględnił skargę w całości i zmienił zaskarżony wyrok w żądanym zakresie.

Na marginesie dodać jednakże należy, że Sąd Okręgowy co do zasady podziela ustalenia faktyczne i rozważania prawne, że wykonawca(...) de facto nie wykazał przesłanek uzasadniających objęcie wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa. W tym zakresie zarzuty skargi okazały się więc bezpodstawne.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przy czym, konieczność wystąpienia trzeciej przesłanki objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa potwierdził wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I KKN 304/00). W uzasadnieniu powołanego orzeczenia Sąd Najwyższy podkreślił, że informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", dopiero kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna.

Powyższego nie można interpretować w oderwaniu regulacji przepisów Pzp. Zauważyć należy, że zgodnie z art. 18 ust. 1 nPzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Ustawa wprowadzając generalną zasadę jawności w stosunku do złożonych ofert, uczynił jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one ogólnie udostępnione (art. 18 ust. 3 nPzp). W takim przypadku, wykonawca musi jednak zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa w określonym terminie (nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), a także wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wskutek powyższego, w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego oprócz spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 uznk, do ich skutecznego zastrzeżenia niezbędne jest także wykazanie tego przez wykonawcę. Wykonawca zobowiązany jest zatem wykazać, iż zostały podjęte przez niego działania mające na celu zachowanie objętych przez niego tajemnicą przedsiębiorstwa informacji w tajemnicy, tj. iż objęte nią informacje nie były dostępne osobom trzecim w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. W szczególności, w celu wykazania, o którym stanowi art. 18 ust. 3 nPzp wykonawca winien opisać środki, jakie zastosował celem zagwarantowania teje tajemnicy, a w miarę potrzeby przedstawić również dowody potwierdzające wdrożenie systemu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Samo opisanie powyższych środków rozumieć natomiast należy jako konieczność rzeczowego, a nie ogólnikowego ich powołania (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 17 czerwca 2019 r., XXIII Ga 148/19). Dodać też należy, iż oświadczenie takie może stanowić w danym stanie faktycznym środek dowodowy - o ile zawiera rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację, z powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji (Komentarz PZP J.E. N., W. K. Polska 2019).

Istotność tej przesłanki potwierdza również uzasadnienie do projektu nowelizacji ustawy z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2014.1232), gdzie stwierdzono, że zmiana przepisu art. 8 ust. 3 dPzp ma przeciwdziałać patologicznemu nadużywaniu przez wykonawców instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec czego, mając na uwadze całokształt okoliczności sprawy niewątpliwie w ocenie Sądu Okręgowego, twierdzenia i dowody złożone przez wykonawcę (...) S.A. były wystarczające do tego, by uznać, że zgłoszone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podlegającą ochronie prawnej.

Przechodząc do oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę (...) S.A. należało podzielić rozważania Izby, iż wykonawca nie zdołał wykazać niezbędnych przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. W pierwszej kolejności przystępujący nie zdołał wykazać, że zastrzeżone przez niego dane i informacje posiadały określoną wartość gospodarczą. Sąd Okręgowy podziela poglądy wyrażone w uzasadnieniu wyroku tut. Sądu wydanego w sprawie XXIII Zs 53/21, w tym dotyczące interpretacji pojęcia „wykazanie” oraz uznania, że objęta klauzulą poufności informacja powinna przedstawiać pewną wartość gospodarczą, którą trzeba skonkretyzować i omówić. Za wykazanie nie może być tym samym uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji

legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

W niniejszym postępowaniu, w ocenie Sądu Okręgowego, samo przedstawienie przez wykonawcę (...) faktu, że dane informacje przedstawiają sposób wyceny przedmiotu zamówienia, podstaw dokonywania tej wyceny oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia oraz twierdzenie, że stanowi to swoiste know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, nie stanowiło o tym, że informacje te posiadają wartość gospodarczą. Powoływanie się na możliwość uzyskania przez inne podmioty informacji o ofertach, warunkach handlowych, na jakich skarżący pozyskuje dane produkty lub usługi, relacjach handlowych z innymi podmiotami ma charakter ogólny i lakoniczny, bowiem skarżący w istocie nie wykazał, aby producenci urzędzeń oferowali mu rabaty lub upusty albo że dotarcie do takich kontrahentów jest utrudnione. Ponadto wskazywana przez wykonawcę wartość gospodarcza poszczególnych zastrzeganych informacji nie została omówiona. W szczególności skarżący nie oszacował własnych korzyści wynikających z zachowania tajności informacji oraz ewentualnych strat lub zysków innych przedsiębiorców wynikających z ujawnienia danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie wskazano też, aby poszczególne utajnione informacje miały charakter praw majątkowych o ustalonej wartości.

W orzecznictwie przyjmuje się, że „informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną, to znaczy - ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć walor obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające” - tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2014 r. w sprawie o sygn. II PK 49/14. Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy zgodzić się należy z wyrokiem Izby, że skarżący nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji przedstawionych w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a ocena skuteczności zastrzeżenia dokonana przez Zamawiającego była nieprawidłowa, choćby z tego względu, że w żadnym miejscu w treści oświadczenia skarżącego nie sposób znaleźć wskazania na to, jaką obiektywnie wartość ekonomiczną dla skarżącego mają informacje zawarte w dokumentach zawierających wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Skarżący w swoich wyjaśnieniach odwołuje się do polityki cenowej, możliwości utraty pozycji rynkowej i know-how, niemniej, ani w wyjaśnieniach, ani także na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą skarżący nie przywołał choćby jednego konkretnego przypadku, w którym doszłoby do negatywnych skutków ujawnienia takich informacji dla skarżącego, które świadczyłyby o możliwości ich wystąpienia w przyszłości. Skarżący nie wykazał również istnienia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą i nie uprawdopodobnił możliwości poniesienia takiej szkody. Wszelkie zatem dywagacje skarżącego w tej kwestii pozostają zatem gołosłowne. Nadto skarżący nie wskazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zdaniem Sądu tak profesjonalny i znaczący na rynku zamówień publicznych podmiot, jak wykonawca (...), z pewnością ma wystarczającą wiedzę, umiejętności i doświadczenie, ażeby przy składaniu wyjaśnień tajemnicy przedsiębiorstwa sformułować je w sensie metodologicznym w taki sposób, ażeby umieć skutecznie zastrzec tylko te informacje, które rzeczywiście powinny pozostać poufne. Powinien także mieć środki, możliwości i wiedzę, aby zastrzeżenie tajemnicy skutecznie wykazać. Tymczasem, w niniejszej sprawie, skarżący w istocie nie wykazywał swoich twierdzeń, powołując się jedynie na ogólnikowe i lakoniczne hasła. Co do zasady Izba słusznie stwierdziła więc, że zastrzeżenie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa nie było skuteczne.

Powyższe jednakże, z powodu uchybień formalnych, nie mogło stanowić podstawy do utrzymania w mocy zaskarżonego wyroku. Wobec powyższego, z przyczyn wskazanych na wstępie, Sąd Okręgowy uwzględnił skargę w całości i zmienił wyrok w KIO w żądanym zakresie.

Mając wszystkie rozważania Sądu Okręgowego na uwadze, działając w granicach skargi i zaskarżenia, orzeczono jak w pkt. I. wyroku i na podstawie art. 588 ust. 2 nPzp.

Z uwagi nieznaczna zmianę zaskarżonego wyroku w przedmiocie jedynie jednego zarzutu odwołania, Sąd Okręgowy odstąpił od zmiany orzeczenia w zakresie kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Przeciwnik skargi przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami postępowania skargowego poniesionymi przez skarżącego w całości. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów zastępstwa procesowego (ustalonych od wskazanej w skardze wartości przedmiotu zaskarżenia), Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 2 pkt 8 w zw. z §10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015 r., poz. 1804 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi, z uwzględnieniem 50% stawki minimalnej. Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż niniejsze postępowania należy do spraw cywilnych, do których zastosowanie mają ogólne przepisy dotyczące stawek zastępstwa procesowego. Stroną postępowania, która powinna być obciążona kosztami postępowania skargowego był przeciwnik skargi (odwołujący). Na koszty złożyły się zatem opłata od skargi w wysokości 45.000 zł oraz koszty zastępstwa procesowego skarżącego w wysokości 7.500 zł.

sędzia Sylwia Paschke