

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 września 2023 r.

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

Przewodnicząca:	sędzia Aleksandra Komór (spr.)
Sędziowie:	Alicja Dziekańska Bolesław Wadowski
Protokolant:	sekr. sądowy Dariusz Książyk

po rozpoznaniu w dniu 22 września 2023 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem:

zamawiającego Wojskowego Zarządu Infrastruktury w P.

przeciwnika skargi (odwołującego przez KIO) (...) spółki akcyjnej w B.

na skutek skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 14 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 912/23

zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1. i oddala odwołanie w zakresie nakazania zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu dla obu części zamówienia oraz dokonanie czynności odtajnienia niejawniej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 22 lutego 2023r. wraz z załącznikami, za wyjątkiem załączników nr 3a i 3b tj. opinii bankowych oraz w punkcie 2. i nadaje mu nowe brzmienie: kosztami postępowania obciąża odwołującego (...) spółkę akcyjną w B. oraz 2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez (...) spółkę akcyjną w B. tytułem wpisu od odwołania; 2.2. zasądza od (...) spółki akcyjnej w B. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym;

zasądza od (...) spółki akcyjnej w B. od na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. 48600 zł (czterdzieści osiem tysięcy sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego wraz z odsetkami w wysokości ustawowej za opóźnienie od kwoty 48600 zł od dnia uprawomocnienia się punktu II (drugiego) niniejszego wyroku do dnia zapłaty.

Alicja Dziekańska Aleksandra Komór Bolesław Wadowski

# UZASADNIENIE

Zamawiający - Wojskowy Zarząd (...) w P. prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: ustawa PZP) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlano-montażowymi prowadzonymi w ramach zadań: Część I: (...) „Przebudowa sieci wodno-kanalizacyjnej oraz deszczowej i c.o.” oraz (...) „Przebudowa, rozbudowa, integracja systemów alarmowych, systemów kontroli dostępu, telewizyjnych systemów nadzoru, 2 systemu p.poż.” w P. Część II: (...) „Przebudowa i rozbudowa infrastruktury elektroenergetycznej garnizonu P.” o numerze referencyjnym (...). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 grudnia 2022 roku pod numerem: (...).

W dniu 31 kwietnia 2023 roku Wykonawca (...) spółka akcyjna z siedzibą w B. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na

nieprawidłowej ocenie czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień Wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. z dnia 22 lutego 2023 roku udzielonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 lutego 2023 roku oraz dokumentów mających na celu wykazanie braku rażąco niskiej ceny oferty (...) sp. z o.o. i w konsekwencji uznanie, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 8 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, dalej: „Uznk”) przez uznanie, że Wykonawca (...) sp. z o.o. w prawidłowy sposób wykazał, że informacje ujęte w wyjaśnieniach odnoszących się do ceny oferty oraz dokumenty mające potwierdzać, że oferta (...) sp. z o.o. nie zawiera rażąco niskiej ceny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o., podczas gdy (...) sp. z o.o. w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazało spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, a w szczególności, że:

- zastrzeżone dokumenty stanowią wartość gospodarczą dla (...) sp. z o.o.;
- zastrzeżone dokumenty przez (...) sp. z o.o. są poufne;
- (...) sp. z o.o. dokonało prawidłowego zastrzeżenia, obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa dopuszczalny zakres informacji;

co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny Zamawiającego w zakresie uznania, że oferta (...) sp. z o.o. nie zawiera rażąco niskiej ceny;

a w konsekwencji

art. 16 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odtajnienie wyjaśnień i dokumentów wykonawcy (...) sp. z o.o. zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiących załączniki do pisma (...) sp. z o.o. z dnia 22 lutego 2023 roku tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny – część tajna wraz z wewnętrznymi dowodami do wyżej wymienionej części tajnej – dowody te odpowiednio oznakowano jako: „dokument zawierający TP”.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca (...) sp. z o.o. z siedzibą w P..

W dniu 12 kwietnia 2023 roku Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Tego samego dnia Wykonawca zgłaszający przystąpienie - (...) sp. z o.o. wniósł pismo procesowe, w którym wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania wniesionego przez Odwołującego w przedmiotowej sprawie oraz wniósł o:

- oddalenia odwołania;
- zasądzenie od Odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa na podstawie spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści pisma oraz przedłożonych w toku postępowania przed Izba, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie powołania dowodów.

***Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 14 kwietnia 2023 roku w sprawie o sygn. akt KIO 912/23 po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2023 roku w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2023 roku przez Wykonawcę (...) spółkę akcyjną w B. przy ul. (...) ((...)-(...) B.) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Wojskowy Zarząd (...) z siedzibą w P. przy ul. (...) ((...)-(...) P.) przy udziale Wykonawcy (...)spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. przy ul. (...) ((...)-(...) P.), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego***

***w punkcie pierwszym uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu dla obu części zamówienia oraz dokonanie czynności odtajnienia niejawnej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 22 lutego 2023 roku wraz załącznikami, za wyjątkiem załączników do tych wyjaśnień oznaczonych nr 3a i 3b tj. opinii bankowych, złożonych przez wykonawcę (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.;***

***w punkcie drugim kosztami postępowania obciążyła Wykonawcę (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości i: zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Wykonawcę (...) spółkę akcyjną z siedzibą w B. tytułem wpisu od odwołania (ppkt 2.1); zasądziła od Wykonawcy (...) Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. na rzecz Wykonawcy (...) spółki akcyjnej w B., kwotę w wysokości 18 600 zł, stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego (ppkt 2.2).***

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do wniosku Przystępującego dotyczącego konieczności oddalenia odwołania w szczególności z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Przystępujący argumentował, że Odwołujący nie kwestionował wyboru oferty jako najkorzystniejszej i nie wniósł o unieważnienie tegoż wyboru, tym samym zarzuty odwołania nie mogą zostać uwzględnione, jako że – niezależnie od kwestii ich merytorycznej niezasadności – nie mogą one mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się z powyżej wskazanym wnioskiem Przystępującego uznając go za niezasadny. Jak wyjaśniono, postępowanie odwoławcze ma charakter kontroli legalności działania Zamawiającego i w jego ramach Izba ocenia, mając na uwadze podniesione zarzuty, czy Zamawiający w danym czasie, w danych okolicznościach sprawy i na podstawie posiadanych w tym czasie informacji uzyskanych w postępowaniu, postąpił w sposób zgodny z przepisami. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty podniesione w odwołaniu, które dotyczyły zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak najbardziej wpisują się w kontrolę legalności działania Zamawiającego prowadzoną przy użyciu środków ochrony prawnej i od zaniechania odtajnienia takich informacji

przysługuje odwołanie. W związku z tym, zdaniem Izby, uwzględnienie takiego odwołania z pewnością może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ umożliwi Wykonawcy kontrolę legalności działania Zamawiającego nie tylko w zakresie zaniechania odtajnienia zastrzeżonych informacji, ale również oceny oferty innego wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny.

Dalej, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że brak w odwołaniu żądania dotyczącego konieczności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty nie mógł skutkować negatywnymi konsekwencjami dla Odwołującego, polegającymi na oddaleniu odwołania, niejako ze względów formalnych, ponieważ Izba nie jest związana żądaniem strony co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania i nakaz określonego zachowania się Zamawiającego, w przypadku uwzględnienia odwołania, może zostać sformułowany w sposób niewskazany w treści odwołania.

Przechodząc do meritum zarzutów Izba w ramach rozważań ogólnych uznała za zasadne stwierdzić, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest jawność postępowania, która służy też realizacji pozostałych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 16 ustawy PZP. Trudno bowiem o zagwarantowanie zasady przejrzystości czy uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, które w określonej części nie jest jawne. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zasada ta ma więc charakter fundamentalny, a odstępstwa od niej możliwe są wyłącznie na zasadzie wyjątku, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy PZP, stanowiącego, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. W związku z tym Izba za naganną uznała tendencję do nadużywania przez wykonawców możliwości zastrzegania przedstawianych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co czyni z niej narzędzie służące raczej uniemożliwieniu weryfikacji prawidłowości postępowania przez konkurentów, niż rzeczywistej ochronie interesów wykonawcy (Wyrok z dnia 25 stycznia 2022 roku, sygn. akt KIO 80/22).

Przywołano art. 18 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Izba podkreśliła, że w poprzednim stanie prawnym, przed nowelizacją z 29 sierpnia 2014 roku, ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy nałożyła na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Rozwiązanie takie zostało utrzymane w obecnie obowiązującym stanie prawnym. Tym samym Izba uwypukliła, że rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba podała, że w celu wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był, przekazując te informacje zamawiającemu, wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk: 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, 2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Jak podkreślono badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. W ocenie składu orzekającego uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedłożone przez Przystępującego nie potwierdziło zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba uznała, że Przystępujący nie sprostał ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Ponadto analiza przedstawionego uzasadnienia zastrzeżenia prowadziła Krajową Izbę Odwoławczą do wniosku, że Przystępujący nie wykazał ani wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ani tego, że pozostają one poufne.

Co do kwestii wartości gospodarczej informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, Izba stwierdziła, że wartość ta w żadnej mierze nie została wykazana, albowiem uzasadnienie zastrzeżenia ograniczało się do zdawkowych twierdzeń, co nie wyczerpywało kwestii udowodnienia z art. 11 ust. 2 Uznk, iż zastrzeżone informacje stanowią dla przystępującego wartość gospodarczą oraz nie zawierało żadnych dowodów celem potwierdzenia, że wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji jest realna. W opinii Izby, brakowało przede wszystkim rzetelnej analizy w zakresie faktycznej wartości gospodarczej chronionych informacji. Z perspektywy fundamentalnej zasady, jaką jest zasada jawności, kluczowe jest bowiem, aby wykonawca domagający się ochrony danych informacji czy też dokumentów nie ograniczał się do gołosłownych deklaracji, ale był w stanie wykazać faktyczne skutki ewentualnego odtajnienia dokumentów.

Zreferowano, że Odwołujący nie domagał się odtajnienia stricte systemu wyceny przyszlých usług, który w ocenie Przystępującego stanowił jego know-how. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zgodził się z Odwołującym, że sam system obliczenia zaoferowanej ceny nie stanowił czynnika tak przeważającego w postępowaniu, żeby zasadne było zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz traktowanie tych informacji jako wyjątkowego know-how Przystępującego, co pozwoliło mu osiągnąć cenę istotnie niższą od konkurencji. Zdaniem Izby system, do którego odwoływał się Przystępujący, ponad wszelką wątpliwość może stanowić ułatwienie w toku przygotowania oferty, ale nie może być czynnikiem wprost decydującym o wysokości zaoferowanej ceny. Za istotne Izba uznała, że Przystępujący nie był w stanie wyjaśnić w jaki sposób odtajnienie wyjaśnień doprowadzi do poznania czy też rozszyfrowania systemu w taki sposób, że inni wykonawcy wejdą w posiadanie danych wrażliwych Przystępującego, co spowoduje przewagę konkurencyjną tych wykonawców. W ocenie Izby wątpliwym wydawało się obiektywne postrzeganie przedmiotowego systemu jako czynnika tak wyjątkowego, jak subiektywnie postrzegał to Przystępujący.

W związku z powyższym Izba uznała, że przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, co zważywszy na kumulatywny charakter przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w art. 11 ust. 2 Uznk, skutkowało stwierdzeniem, że zastrzeżenie to zostało dokonane w sposób nieprawidłowy. Abstrahując jednakże od powyższego skład orzekający stwierdził, że Przystępujący nie wykazał utrzymania w poufności zastrzeganych informacji.

W tym kontekście Izba zwróciła uwagę na dowód złożony na rozprawie przez Przystępującego, który tak naprawdę stanowił poparcie argumentacji Odwołującego. Dowód ten potwierdzał, że w innych postępowaniach zamawiający odtajnił informacje zastrzegane przez przystępującego i czynności te zostały uznane przez Izbę za prawidłowe. Symptomatyczne w tym zakresie było orzeczenie Izby w sprawie KIO 1191/22, które związane było z tym, że zamawiający w tamtej sprawie odtajnił częściowo wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez przystępującego oraz załączniki. Wykonawca (...)sp. z o.o. w tamtej sprawie wniósł odwołanie, które zostało oddalone. Izba w sprawie KIO 1191/23 stwierdziła m. in. że:

- załącznik obejmujący tabelę szczegółowej kalkulacji ceny nie zawierał informacji, zasługujących na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa;

- załącznik w postaci grafu procedury wyceny nie jest niezwykle, unikalny, i właściwy jedynie dla (...) sp. z o.o.. Każda decyzja, prowadząca do złożenia jakiegokolwiek oferty cenowej, jest poprzedzona analizą danych. Trudno zatem w przedmiotowym dokumencie dopatrzeć się jakichkolwiek informacji, które nie powinny być ujawnione;

- plik o nazwie „(...)” również został prawidłowo częściowo odtajniony.

Jak podano, w przedmiotowej sprawie przystępujący złożył podobne wyjaśnienia jak postępowaniu, którego dotyczyła sprawa KIO 1191/23, które obejmowały wyjaśnienia w części tajnej oraz załączniki pn.: Tabela - kalkulacja szczegółowa oraz Graf procedury wyceny oferty.

Izba doszła do przekonania, iż informacje w zakresie funkcjonowania systemu, którym dysponuje Przystępujący zostały już odtajnione tym samym nie było powodu do stwierdzenia, że Przystępujący utrzymuje je w poufności.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej na korzyść Przystępującego nie przemawiało także jego zachowanie w czasie trwania postępowania odwoławczego, polegające na tym, że w jego trakcie zdecydował się przekazać Odwołującemu częściowo odtajnione wyjaśnienia oraz niektóre załączniki. Okoliczność ta potwierdzała, że Przystępujący albo do końca nie miał przekonania czy zastrzegane przez niego informacje rzeczywiście stanowiły tajemnice przedsiębiorstwa, albo próbował instrumentalnie wykorzystać możliwość takiego zastrzegania informacji, aby ograniczyć innym wykonawcom możliwość podejmowania legalnych działań wobec jego oferty. Niezależnie od tego, które z powyższych powodów leżały u podstaw działań Przystępującego, oba Izba oceniła jako niedopuszczalne.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy PZP orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ Zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał za zasadne, dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami (oprócz załączników 3a i 3b)

z dnia 22 lutego 2023 roku jako zawierających tajemnice przedsiębiorstwa. Na marginesie skład orzekający wskazał, że Odwołujący na rozprawie przyznał, że nie zależy mu na informacjach dotyczących tego jakie środki posiada na koncie Przystępujący. Tym samym Izba uznała za stosowne wyłączyć z obowiązku odtajnienia, załączników nr 3a i 3b do wyjaśnień tj. opinii bankowych, które zawierały informacje nieistotne dla Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 ustawy PZP oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 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.

***Zrelacjonowany powyżej wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżył w całości Wykonawca (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., podnosząc zarzuty naruszenia przepisów postępowania odwoławczego mające istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, tj.:***

art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a i b ustawy PZP w zw. z art. 555 ustawy PZP przez uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dla obu części zamówienia oraz odtajnienia niejawniej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 22 lutego 2023 roku złożonych przez Skarżącego, podczas gdy:

rozstrzygnięcie to nie znajdowało umocowania w zarzutach zawartych w odwołaniu, bowiem Odwołujący nie kwestionował czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty (...) sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, zaś Izba pozostaje związana zakresem zaskarżenia i treścią zarzutów zawartych w odwołaniu;

Izba uprawniona jest uwzględnić odwołanie tylko w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, podczas gdy w świetle sformułowanego przez Odwołującego zakresu zaskarżenia odwołania i sformułowanych w nim zarzutów, podnoszone przez Odwołującego rzekome naruszenia nie mogły być uznane za wpływające na wynik postępowania;

nie wystąpiły podstawy faktyczne ani prawne dla uwzględnienia zarzutów sformułowanych w odwołaniu;

a odwołanie winno zatem podlegać oddaleniu;

art. 542 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP poprzez naruszenie zasad wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z treścią materiału dowodowego, zasadami rozkładu ciężaru dowodu, a także sprzecznych z zasadami logiki i wnioskowania, w szczególności poprzez błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku polegający na bezpodstawnym i sprzecznym ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym przyjęciu przez Izbę, że:

dokonane przez Skarżącego zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieskuteczne, gdyż Skarżący nie wykazał wystąpienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w szczególności dotyczących posiadania przez zastrzegane informacje wartości gospodarczej oraz poufności zastrzeganych informacji w sytuacji, gdy Skarżący wykazał spełnienie wszystkich przesłanek z przedmiotowego przepisu, w tym wartość gospodarczą zastrzeganych informacji oraz posiadanie przez nie statusu informacji poufnych (nigdy całość informacji dotyczących funkcjonowania systemu wyceny i ustalania ceny oferty (dalej: System) nie została odtajniona);

„uzasadnienie zastrzeżenia ograniczało się do zdawkowych twierdzeń, co nie wyczerpywało kwestii udowodnienia z art. 11 ust. 2 Uznk, iż zastrzeżone informacje stanowią dla przystępującego wartość gospodarczą oraz nie zawierało żadnych dowodów celem potwierdzenia, że wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji jest realna” podczas gdy przedmiotowe okoliczności oraz dowody zostały jasno i wyczerpująco wyrażone w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedstawionym wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny z dnia 22 lutego 2023 roku, a w konsekwencji Skarżący prawidłowo wywiązał się z obowiązku ziszczenia się przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;

„sam system obliczenia zaoferowanej ceny nie stanowi czynnika tak przeważającego w postępowaniu, żeby zasadne było zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach (...) oraz traktowanie tych informacji jako wyjątkowego know-how przystępującego, co pozwoliło mu osiągnąć cenę niższą od konkurencji” oraz uznanie iż „system... ponad wszelką możliwość może stanowić ułatwienie w toku przygotowania oferty, ale nie może być czynnikiem wprost decydującym o wysokości zaoferowanej ceny. ”, podczas gdy Skarżący uzasadnił i wykazał, że to właśnie System decyduje o wysokości ceny oferty (nie jest tylko ułatwieniem w toku przygotowania ofert) i dane dotyczące Systemu mogą stanowić oraz stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Skarżącego;

KIO wyrokiem w sprawie prowadzonej pod sygn. akt: KIO 1191/22 odtajniło informacje dotyczące Systemu, podczas gdy dane dotyczące Systemu pozostały niejawne, a informacje zakryte/utajnione przez Skarżącego w niniejszej sprawie (w wersji przekazanej KIO na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2023 roku) były identyczne co pozostawione jako tajne w postępowaniu KIO 1191/22 (za wyjątkiem grafu będącego Załącznikiem nr 3 do niejawnej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 22 lutego 2023 roku);

dowody przedstawione na rozprawie, w tym tabela stanowiąca zestawienie przykładowych postępowań odwoławczych z ostatnich 5-ciu lat, potwierdzają, że w innych postępowaniach Zamawiający odtajniali informacje zastrzegane przez Skarżącego i czynności te zostały uznane przez Izbę za prawidłowe, w sytuacji, gdy dane dotyczące Systemu pozostały niejawne, a informacje zakryte/utajnione przez Skarżącego w niniejszej sprawie (w wersji przekazanej KIO na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2023 roku) nigdy nie były odtajnione, zaś Odwołujący nie zaoferował dowodów na okoliczność odmienną;

art. 542 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 532 ust. 1 ustawy PZP poprzez niewzięcie pod uwagę przy dokonywaniu ustaleń faktycznych oraz wyrokowaniu faktów powszechnie znanych, dotyczących podstawowych procesów ekonomicznych i podstawowych mechanizmów rynkowych, w szczególności z zakresu konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami, w efekcie czego błędnie przyjęto, że informacje zastrzeżone przez Skarżącego nie posiadają wartości gospodarczej, a w związku z tym nie doszło do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;

art. 559 ust. 2 ustawy PZP poprzez niewskazanie w sposób spójny i precyzyjny w uzasadnieniu wyroku podstawy faktycznej rozstrzygnięcia oraz przytaczanie sprzecznych informacji dotyczących tego, czyją argumentację przyjęła Izba za zasadną tj. na stronie 15 uzasadnienia wyroku Izba wskazuje bowiem, iż „Przy rozstrzyganiu Izba w znacznej mierze przyjęła argumentację przystępującego, uznając ją za słuszną”.

Zaskarżonemu orzeczeniu Izby Skarżący zarzucił nadto naruszenie przepisów prawa materialnego, przez jego błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, tj.:

art. 16 ustawy PZP przez dokonanie jego błędnej wykładni oraz nieprawidłowego zastosowania niniejszego przepisu i niewłaściwe uznanie, że doszło do naruszenia zasad w nim określonych, w szczególności zasady dotyczącej zapewnienia przejrzystości i jawności postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy nie doszło do naruszenia zasady jawności, gdyż zastrzeżenie informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa, nastąpiło na podstawie i w granicach prawa;

art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk przez nieprawidłowe zastosowanie tych przepisów i odmowę przyznania zastrzeżonym przez Skarżącego informacjom waloru tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Skarżącego, w sytuacji, gdy Skarżący skutecznie zastrzegł poufność tych informacji z powołaniem na ich status jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a informacje te spełniały wszystkie zawarte w niniejszym przepisie przesłanki;

art. 11 ust. 2 Uznk przez jego nieprawidłowe zastosowanie i odmowę przyznania zastrzeżonym przez Skarżącego informacjom waloru tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy Skarżący skutecznie zastrzegł informacje, jako tajemnica przedsiębiorstwa, a informacje te spełniały wszystkie zawarte w niniejszym przepisie przesłanki, co Skarżący należycie uzasadnił i wykazał.

W zawiązku z tak postawionymi zarzutami Skarżący wniósł o:

uwzględnienie Skargi w całości oraz zmianę zaskarżonego orzeczenia Izby poprzez oddalenie odwołania Odwołującego - Przeciwnika Skargi w całości,

zasądzenie od Przeciwnika Skargi - (...) S.A. na rzecz Skarżącego kosztów postępowania odwoławczego;

zasądzenie od Przeciwnika Skargi - (...) S.A. na rzecz Skarżącego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu skargowym, według norm przepisanych,

przeprowadzenie dowodu z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego oraz postępowania odwoławczego KIO 912/23.

Wykonawca (...)spółka akcyjna w B. złożył odpowiedź na skargę wnosząc o oddalenie skargi w całości jako bezzasadnej oraz zasądzenie od Skarżącego na rzecz Przeciwnika Skargi kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

### **Sąd Okręgowy – Sąd Zamówień Publicznych zważył, co następuje:**

W ocenie Sądu Okręgowego skargę Wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. należało uznać za zasadną.

Sąd Okręgowy podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie odwzorowania czynności dokonanych przez Zamawiającego oraz Wykonawców w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast Sąd Okręgowy dokonał zgoła innej oceny prawnej sprawy, w szczególności w zakresie ram uprawnienia Izby do samodzielnego formułowania wniosków i kształtu rozstrzygnięcia wydanego w wyniku wniesienia odwołania.



W pierwszej kolejności należało odnieść się do zarzutu naruszenia art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a i b ustawy PZP w zw. z art. 555 ustawy PZP przez uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dla obu części zamówienia oraz odtajnienia niejawniej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 22 lutego 2023 roku złożonych przez Skarżącego, podczas gdy:

- rozstrzygnięcie to nie znajdowało umocowania w zarzutach zawartych w odwołaniu, bowiem Odwołujący nie kwestionował czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty (...) sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, zaś Izba pozostaje związana zakresem zaskarżenia i treścią zarzutów zawartych w odwołaniu;

- Izba uprawniona jest uwzględnić odwołanie tylko w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, podczas gdy w świetle sformułowanego przez Odwołującego zakresu zaskarżenia odwołania i sformułowanych w nim zarzutów, podnoszone przez Odwołującego rzekome naruszenia nie mogły być uznane za wpływające na wynik postępowania.

Jak stanowi art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Uwzględniając odwołanie, jeżeli umowa nie została zawarta, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo nakazać unieważnienie czynności zamawiającego (art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a i b ustawy PZP).

Stosownie do treści art. 555 ustawy PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Nie budzi wątpliwości Sądu Okręgowego jaki był w przedmiotowym postępowaniu zakres zaskarżenia czynności Zamawiającego sformułowany przez Odwołującego (...) spółkę akcyjną w B. w odwołaniu z dnia 31 kwietnia 2023 roku. Wykonawca (...) S.A. wniósł bowiem odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowej ocenie czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień Wykonawcy (...)spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. z dnia 22 lutego 2023 roku udzielonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 lutego 2023 roku oraz dokumentów mających na celu wykazanie braku rażąco niskiej ceny oferty (...) sp. z o.o. i w konsekwencji uznanie, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto Odwołujący wystosował zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez uznanie, że (...) sp. z o.o. w prawidłowy sposób wykazał, że informacje ujęte w wyjaśnieniach odnoszących się do ceny oferty oraz dokumenty mające potwierdzać, że oferta (...) sp. z o.o. nie zawiera rażąco niskiej ceny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o., podczas gdy (...) sp. z o.o. w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazało spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, a w szczególności, że: zastrzeżone dokumenty stanowią wartość gospodarczą dla (...) sp. z o.o.; zastrzeżone dokumenty przez (...) sp. z o.o. są poufne; (...) sp. z o.o. dokonało prawidłowego zastrzeżenia, obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa dopuszczalny zakres informacji; co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny Zamawiającego w zakresie uznania, że oferta (...) sp. z o.o. nie zawiera rażąco niskiej ceny. W konsekwencji Odwołujący podniósł także drugi zarzut naruszenia art. 16 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Zakres wniosków odwołania był następujący: uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień i dokumentów wykonawcy (...) sp. z o.o. zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiących załączniki do pisma (...) sp. z o.o. z dnia 22 lutego 2023 roku tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny – część tajna wraz z wewnętrznymi dowodami do ww. części tajnej – dowody te odpowiednio oznakowano jako: „dokument zawierający TP”.

Bez wątpienia należy przyznać, że samo skonstruowanie zakresu zaskarżanie, zarzutów jak i wniosków odwołania przez Wykonawcę (...) S.A. odnosi się tylko i wyłącznie do odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, a związanych z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny złożonymi przez (...) sp. z o.o..

Sąd Okręgowy nie traci z pola widzenia, że Odwołujący nie podważał wyboru najkorzystniejszej oferty i nie wnosił o jego unieważnienie. Także z treści zarzutów czy uzasadnienia odwołania nie sposób wysnuć takich wniosków. Zatem nieuprawnionym było uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie wyboru oferty Skarżącego jako najkorzystniejszej. Dopiero bowiem gdyby zarzuty odwołania wskazywały konkretne normy ustawy Prawo zamówień publicznych, które zostały naruszone przez czynność Zamawiającego w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej, to Krajowa Izba Odwoławcza mogłaby w tym zakresie formułować nakaz określonego zachowania skierowany do Zamawiającego, a odnoszący się do tej czynności. W rezultacie brak związania żądaniami odwołania nie oznacza totalnej dowolności Izby w formułowaniu rozstrzygnięcia. Krajowa Izba Odwoławcza musi orzekać w granicach zaskarżenia, które wyznacza treść odwołania. Izba nie jest bowiem strażnikiem całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w momencie złożenia odwołania nie ma uprawnień do badania każdej czynności bądź zaniechania Zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce do chwili złożenia odwołania, ale jest związana ramami odwołania wyznaczonymi przez Odwołującego w zarzutach. Izba nie może również brać pod uwagę przy orzekaniu naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych niebędących przedmiotem zarzutów, a ujawnionych w toku postępowania odwoławczego. To Wykonawca, który złożył odwołanie jest niejako gospodarzem zakresu postępowania odwoławczego, to jego decyzje wpływają bezpośrednio na kształt procedowania nad odwołaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zasadnie zatem podnosił Skarżący, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego - i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 555 ustawy PZP.

W tym stanie sprawy, należy podkreślić, że norma zawarta w art. 555 ustawy PZP nie pozostawia takiej swobody w jego interpretacji jak dokonała tego Krajowa Izba Odwoławcza.

Izba bowiem osadza swoją argumentację na twierdzeniu, że nie jest związana żądaniem zawartym w odwołaniu, a jedynie zarzutami. Izba wywodziła, że brak w odwołaniu żądania dotyczącego konieczności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty nie mógł skutkować negatywnymi konsekwencjami dla Odwołującego, polegającymi na oddaleniu odwołania, niejako ze względów formalnych, ponieważ Izba nie jest związana żądaniem strony co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania i nakaz określonego zachowania się Zamawiającego, w przypadku uwzględnienia odwołania, może zostać sformułowany w sposób niewskazany w treści odwołania.

Istotnie treść art. 555 ustawy PZP nie odnosi się do żądania gdzie w sposób oczywisty Izba nie jest związana żądaniem odwołania, ale jest bezwzględnie związana zarzutami, które Odwołujący wystosował w odwołaniu. Izba nie jest związana treścią żądań sformułowanych w odwołaniu, jednakże uwzględniając odwołanie zobowiązana jest działać w granicach przewidzianych w art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP, natomiast zakres, w jakim Izba nakazuje Zamawiającemu unieważnić, wykonać czy powtórzyć określone czynności, uwarunkowany jest zakresem zarzutów odwołania.

Okoliczności dotyczące prawidłowości wyboru oferty Skarżącego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogły więc stanowić przedmiotu badania Izby, a w rezultacie także nie mogły stanowić przedmiotu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Jednakże Izba całkowicie dowolnie wyszła poza wyznaczony odwołaniem zakres, dokonując de facto w imieniu Odwołującego rozszerzenia zakresu odwołania i postawionych w nim zarzutów. Było to postępowanie wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności jej art. 555. Norma zawarta w tymże przepisie oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzyga tylko w przedmiocie zarzutów, które zostały zgłoszone w odwołaniu. Nie jest możliwe zgłoszenie nowych

zarzutów w dalszym toku postępowania odwoławczego, czy też rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutów po upływie terminu do wniesienia odwołania, czyli w piśmie czy też w ramach prezentowanego stanowiska na rozprawie. Izba nie powinna rozpoznawać takich zarzutów, a tym bardziej sama ich kreować.

Natomiast zarówno w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą jak i w postępowaniu skargowym w sprawie zamówienia publicznego przed Sądem Okręgowym – Sądem Zamówień Publicznych obowiązuje zasada kontrydiktoryjności postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest strażnikiem całości postępowania w sprawie zamówienia publicznego, nie może też wykazywać inicjatywy na rzecz jednej ze stron. Wykonawca sam powinien zatem wskazać zakres zaskarżenia, a jednocześnie wykazać interes w uzyskaniu zamówienia.

Podkreślić należy, że na sekwencję czynności jakie powinien podjąć Odwołujący, aby jego działania mogły odnieść efekt w postaci możliwości uzyskania przez niego zamówienia publicznego należało spojrzeć przez pryzmat stanu faktycznego sprawy i elementów jakie już miały miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności działań dokonanych przez Zamawiającego. Mianowicie Odwołujący (...) S.A. dowiedział się o utajnieniu części stosownych wyjaśnień Wykonawcy (...) sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny jednocześnie z uzyskaniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Dlatego też Sąd Okręgowy argumentację, że Odwołujący musi poznać treść wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, żeby podjąć kolejne kroki uznał w okolicznościach przedmiotowej sprawy za nietrafną. Istotnie, aby móc kompleksowo odnieść się do wyjaśnień Wykonawcy (...) sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny zasadnym byłoby uprzednie odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (o ile wystąpiłyby okoliczności uzasadniające ich odtajnienie), a zawartych w piśmie złożonym w wyniku wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Natomiast w przedmiotowej sprawie istotnym było, aby wykonawca kwestionujący zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, zaskarżył także czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, albowiem warunkowało to ewentualną zmianę decyzji Zamawiającego w zakresie wyboru ofert najkorzystniejszej i możliwość uzyskania zamówienia właśnie przez Odwołującego. Jednakże samo zaskarżenie czynności utajnienia części wyjaśnień, a następnie jego ewentualne odtajnienie nie dawało Wykonawcy szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wybór najkorzystniejszej oferty został już dokonany, termin na zaskarżenie tej czynności już minął, a to ta właśnie czynność Zamawiającego zamknęła Odwołującemu sposobność uzyskania zamówienia i powinna być objęta zakresem zaskarżenia, zarzutami wraz z wystosowanymi zarzutami wobec utajnienia części wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Powyższe powoduje, że odwołanie nie powinno zostać uwzględnione albowiem Odwołujący nie wykazał interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia publicznego.

Przepis art. 505 ust. 1 ustawy PZP wymaga wykazania się przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej interesem w uzyskaniu zamówienia. Legitymowanie się przez wykonawcę wnoszącego odwołanie interesem w uzyskaniu zamówienia oznacza stan, w którym ma on lub miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, zaprzepaszoną niezgodnymi z przepisami czynnościami zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których zamawiający jest zobowiązany. Interes ten powinien istnieć na datę wnoszenia odwołania, zatem – co do zasady – czynności zamawiającego dokonane po wniesieniu odwołania, nawet prowadzące do odpadnięcia tego interesu, nie pozbawiają wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej (wyrok KIO z 14 stycznia 2017 r., KIO 2443/16, niepubl.).

Na gruncie przedmiotowej sprawy na datę wniesienia odwołania zawierającego zarzut w zakresie utajnienia części wyjaśnień rażąco niskiej ceny w obrocie funkcjonowała niezaskarżona czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez (...) sp. z o.o.. Bez jej podważenia Wykonawca (...) S.A. nie mógł legitymować się interesem w udzieleniu zamówienia publicznego, albowiem możliwość uzyskania zamówienia została utracona wobec pozostawania w obrocie niepodważonej decyzji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący był przecież uprawniony do objęcia zakresem zaskarżenia również czynność wyboru oferty Skarżącego jako najkorzystniejszej i do zawarcia zarzutów dotyczących czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czego jednak nie uczynił.

Wobec poczynionych rozważań zarzut naruszenia art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a i b ustawy PZP w zw. z art. 555 ustawy PZP należało uznać za należycie uargumentowany i zasadny. Brak interesu w udzieleniu zamówienia powoduje oddalenie odwołania, co stanowi samodzielną podstawę oddalenia skargi.

Niezależnie od powyższego Sąd Okręgowy rozważył zasadność pozostałych zarzutów w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na wstępie należy wskazać iż, Sąd Okręgowy pominął wnioski dowodowe złożone w postępowaniu apelacyjnymi na mocy art. 381 k.pc. w zw. z art. 579 ust. 2 p.z.p. jako spóźnione.

W niniejszej sprawie skarżący złożył przedmiotowe wnioski dowodowe dopiero w postępowaniu skargowym, w sytuacji gdy mogły zostać złożone na etapie postępowania odwoławczego. Jednocześnie skarżący nie wyjaśnił, dlaczego zgłosił powyższe dowody dopiero w toku postępowania przed sądem. Dlatego też wnioski te należało uznać za spóźnione.

Sąd Okręgowy w przedstawionym zakresie podzielił ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, oraz przyjął je za własne.

Na aprobatę zasługiwały również wywody prawne zawartych w uzasadnieniu orzeczenia Izby, w szczególności w zakresie wykładni przepisu art. 18 ust. 3 p.z.p., istoty zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę w postępowaniu o zamówienie publiczne, obowiązku wykazania skuteczności tego zastrzeżenia oraz braku (co do zasady) przesłanek do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako fundamentalna zasada tego postępowania wprost wyrażona została w art. 18 ust. 1, 2 i 4 p.z.p. Zgodnie z powołanymi przepisami postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne (ust. 1); zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2); zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogi dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania (ust. 4). Przy czym wykładnia niniejszego przepisu powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 16 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zasadniczy wyjątek, o którym mowa w art. 18 ust. 2 p.z.p., pozwalający na odstępstwo od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przewidziany został w art. 18 ust. 3 p.z.p. Zgodnie z powołanym przepisem nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 p.z.p.

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

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, nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej, a także, że posiadają one określoną wartość.

Przy czym podkreślić należy, że tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Zamawiający jest zatem każdorazowo zobowiązany do rzetelnego badania zastrzeżonych informacji z uwzględnieniem z jednej strony - ochrony prawa do zachowania poufności informacji mających „wartość handlową” dla danego wykonawcy, a z drugiej – ochrony prawa pozostałych wykonawców do uczciwej konkurencji.

W ocenie Sądu Okręgowego, pismo z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez skarżącego w sprawie było zbyt ogólnikowe i lakoniczne, by możliwe było wywiedzenie zaistnienia powołanych przesłanek w przedmiocie wskazanych wyżej informacji. Ponadto wykonawca na potwierdzenie swojego stanowiska nie przedstawił również wystarczających dowodów.

W ocenie Sądu Okręgowego Izba prawidłowo wywiodła, iż w sprawie (sygn. akt KIO 1191/22), udostępniony został cały system wyceny (opis systemu i jego założeń cenowych) zastrzeżony przez (...), co może ewentualnie stanowić know-how przedsiębiorstwa, a utajnione zostały jedynie konkretne informacje liczbowe oraz procentowe. Wprawdzie (...) powołuje się na wartości związane z Systemem. Jednak nie jest możliwe ustalenie tych wartości na podstawie dokumentów w sprawie. Także w trakcie rozprawy przed KIO w dniu 13 kwietnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 912/23 (zał. 4) Skarżący nie wykazał założeń Systemu który ma podlegać ochronie.

Należy podkreślić, że w ocenie Sądu Okręgowego ażeby know-how przedsiębiorstwa mógł podlegać ochronie musi on być wyodrębnione, opisane bądź w inny sposób utrwalone, czego skarżący w żaden sposób ni wykazał.

Wprawdzie Ustawa nie wymaga wprost uprzedniego utrwalenia przedmiotu tajemnicy jako przesłanki, jednak brak utrwalenia tajemnicy przedsiębiorstwa na stosownym nośniku, utrudnia z reguły przeprowadzenie dowodu naruszenia poufnej informacji.

Należy wskazać, że z przytoczonych fragmentów wyroku KIO (sygn. akt KIO 1191/22), bezspornie wynika, że: Tabela kalkulacji szczegółowej została ujawniona w całości, Graf procedury wycen został ujawniony w całości, Część tajna wyjaśnień (...) została ujawniona w całości z wyłączeniem tylko i wyłącznie konkretnych informacji (procentowych oraz liczbowych).

Należy także podkreślić, że utajnienie całych dokumentów, nawet gdy niektóre zawarte w nich informacje nie spełniają przesłanek pozwalających na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, będzie możliwe tylko w przypadku, jeżeli ujawnienie tej części informacji, która samodzielnie nie podlega ochronie, mogłoby stanowić podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. W przedmiotowej sprawie Skarżący niezasadnie zastrzegł całość złożonych dokumentów gdyż nie wykazał powyższego warunku.

Uwzględniając powyższe, nie sposób rozpatrywać zastrzeżonych przez (...) informacji jako nieujawnionych do publicznej wiadomości, wystarczające jest ujawnienie tylko w jednym postępowaniu. Bez wątplenia dokumenty w tych postępowaniach nie są identyczne jednak z całą pewnością dotyczą tego samego systemu wyceny.

Zatem KIO prawidłowo ustaliła, że (...) nie wykazało, że zastrzeżone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa są poufne. Izba na gruncie zaskarżonego Wyroku dokonała swobodnej, kompleksowej i szerokiej oceny przedłożonych przez Skarżącego dowodów, co pozwoliło wydać jej wyrok w oparciu o prawidłowo ustalone okoliczności faktyczne. Wszelka argumentacja podniesiona przez Skarżącego, jakoby zaskarżony Wyrok został wydany wbrew zgromadzonemu materiałowi dowodowemu sprowadza się do lakonicznych w swojej treści twierdzeń, które są

całkowicie sprzeczne z zaistniałym stanem faktycznym oraz prowadzą tylko wyłącznie do prowadzenia słownej beletrystyki w oderwaniu od istoty sprawy.

Izba skutecznie dokonała oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, toteż zarówno zarzut naruszenia art. 542 ust. 1 Pzp w zw. z art. 532 ust. 1 Pzp jak i zarzut naruszenia art. 16 Pzp, art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk oraz art. 11 ust. 2 Uznk nie zasługuje

na uwzględnieni. Zgodnie z przyjętym w literaturze przedmiotu poglądem który to Sąd

Okręgowy w pełni podziela, decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana informacja nie była jeszcze publicznie znana, jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz informacja ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyk danej branży. Bez wątplenia tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią takie informacje, które mogą przedstawiać realną wartość na rynku.

Powyższym wymaganiom (...) nie sprostało, w tym przede wszystkim nie przedłożyło żadnych dowodów celem potwierdzenia, że wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji jest realna. Nie wystarczy jedynie oświadczyć, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Trzeba jeszcze stosownie do okoliczności konkretnej sprawy udowodnić czy co najmniej uprawdopodobnić taki stan rzeczy. (...) nie podjęło przy tym również próby „uprawdopodobnienia”, że zastrzeżone informacje stanowią dla niego wartość gospodarczą. Skarżący winien przy skorzystaniu z każdego możliwego środka dążyć do szczegółowego opisanie straty, jaką może ponieść w wyniku ujawnienia zastrzeżonych informacji.

Trzecią i ostatnią przesłanką powstania roszczenia o naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest podjęcie przez wykonawcę rozsądnych, niezbędnych działań dla zachowania informacji w poufności. Wymóg podjęcia uzasadnionych działań w celu zachowania poufności należy interpretować, uwzględniając w szczególności takie okoliczności, jak charakter poufnej informacji, wielkość przedsiębiorstwa, potencjalny dostęp osób nieuprawnionych do informacji, krąg i charakter osób, które mają do niej dostęp, itp. Następuje to wtedy gdy przedsiębiorca faktycznie kontroluje dostęp do danej informacji [por. A. Michalak, w: Zdyb, Sieradzka, Komentarz ZNKU, 2016, s. 398].

Przedsiębiorca powinien przedsięwziąć stosowne kroki organizacyjne i techniczne w celu utrzymania informacji w tajemnicy, np. informacje umieszczone na dysku komputera wymagają innych zabezpieczeń niż poufne rozwiązania ucieleśnione w projektowanych modelach lub wzorach przemysłowych [por. także M. Uliasz, Przepięstwo naruszenia, s. 1121].

"Na przedsiębiorcy spoczywa dodatkowy ciężar podjęcia odpowiednich działań organizacyjnych i porządkowych w celu utrzymania danej wiadomości w tajemnicy. Powinien on ponadto poinformować pracownika o poufnym charakterze wiedzy, techniki, urządzenia, itp., co jednak nie oznacza, że osoby, które przypadkowo weszły w posiadanie danej informacji, są zwolnione od obowiązku zachowania tajemnicy" (zob. wyr. SN z 3.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59 i n., z apr. gl. S. Hoca).

Skarżący w żaden sposób nie wykazał, że zrealizowała także trzecią z przesłanek a niespełnienie choćby jednej ze wskazanych przesłanek wyłącza możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Reasumując, w ocenie Sądu brak jest podstaw do uznania, że powołane powyżej zastrzeżone dokumenty jako całość posiadają wartość gospodarczą tak istotną, że zasadne jest wyłączenie kontroli tych dokumentów przez konkurujących wykonawców. W szczególności, że 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. Jest to tym bardziej istotne, że zastrzeżone dokumenty mają najwyższą w postępowaniu wagę, bowiem stanowią treść oferty oraz informacje podlegające ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Regułą jest, że tego rodzaju dane pozostają jawne, aby mogły być zachowane w postępowaniu podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych. Z tego względu, z uwagi na wagę wyżej wspomnianych dokumentów, wymóg

należytego wykazania zasadności ograniczenia zasady jawności nabiera szczególnego znaczenia, co uzasadniało oddalenie skargi w powołanym zakresie.

W powyższym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza dokonała zatem prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego. Na aprobatę nie zasługują w związku z tym zarzuty naruszenia 542 ust. 1 p.z.p. Zauważyć bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 ustawy p.z.p.). W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Izba w skarżonym wyroku prawidłowo ustaliła stan faktyczny, z którym skarżący w złożonej skardze co do zasady w ogóle nie polemizuje, ale wyłącznie w odmienny sposób dokonuje oceny zgromadzonego materiału dowodowego. Dodać zaś należy, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebrany materiałem dowodowym. W tym zakresie, w ocenie Sądu Okręgowego, Izba prawidłowo uznała, że zastrzeżenie przez skarżącego tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do części dokumentacji nie było skuteczne.

W konsekwencji, niezasadne okazały się również zarzuty naruszenia prawa materialnego, w tym art. 18 ust. 1, 2 oraz art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w tej części.

W świetle przytoczonych ustaleń i wniosków, Sąd Okręgowy, działając w granicach skargi i zaskarżenia, uwzględnił skargę stosownie do treści art. 588 ust. 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy PZP i 575 ustawy PZP oraz § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Wysokość wpisu od odwołania, wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi o wartości równej progom unijnym, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy PZP, lub przekraczającej te progi, wynosi 15 000 złotych. Izba zasądza także uzasadnione koszty postępowania odwoławczego obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, od odwołującego na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

Kosztami postępowania odwoławczego należało zatem obciążyć Odwołującego, zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 3 600 zł tytułem kosztów ustanowionego pełnomocnika.

Reasumując, Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2023 roku wydany w sprawie o sygn. akt KIO 912/23 formułując sentencję wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sposób rozszerzony, aby wobec powstałych wątpliwości interpretacyjnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, przekaz orzeczenia był jasny dla wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sąd Okręgowy zmienił wyrok w ten sposób, że w punkcie oddalił odwołanie w zakresie nakazania zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu dla obu części zamówienia oraz dokonanie czynności odtajnienia niejawniej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 22 lutego 2023r. wraz z załącznikami, za wyjątkiem załączników nr 3a i 3b tj. opinii bankowych oraz w punkcie 2. i nadał mu nowe brzmienie: kosztami postępowania obciąża odwołującego (...) spółkę akcyjną w B. oraz 2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł uiszczoną przez (...) spółkę akcyjną w B. tytułem wpisu od odwołania; 2.2. zasądził od (...) spółki akcyjnej w B. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. 3600 zł tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym.

Za Przeciwnika Skargi w przedmiotowym postępowaniu skargowym Sąd Okręgowy uznał (...) S.A. czyli Odwołującego przed Krajową Izbą Odwoławczą, jako że interesy Skarżącego i Odwołującego były odmienne.

Na podstawie art. 589 ust. 1 ustawy PZP statuującego zasadę odpowiedzialności za wynik sporu, Sąd kosztami postępowania skargowego obciążył Przeciwnika Skargi (...)spółkę akcyjną z siedzibą w B. jako stronę przegrywającą.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez Skarżącego

– (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. sprowadzają się do: wpisu od skargi w kwocie 45 000 zł oraz kwoty wynagrodzenia reprezentującego go radcy prawnego w kwocie 3 600 zł ustalonej na podstawie § 14 ust. 2a pkt 1 Rozporządzenia

Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 265 z późn. zm.). Wysokość wpisu została ustalona na podstawie art. 34 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1144 z późn. zm.) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania czyli jako trzykrotności wpisu wniesionego

od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga. Wpis wniesiony od odwołania wynosił 15 000 zł, zatem opłata od skargi w przedmiotowej sprawie wyniosła 45 000 zł.

Stosownie do treści art. 98 § 1<sup>1</sup> k.p.c. koszty zostały przyznane wraz odsetkami w wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego, za czas od dnia uprawomocnienia się orzeczenia o kosztach do dnia zapłaty.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku.

Alicja Dziekańska Aleksandra Komór Bolesław Wadowski