

WYROK
z dnia 7 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2023 r. przez wykonawcę Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Łomża przy udziale wykonawcy C. M., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Boundless Development C. M., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów naruszenia: art. 239 ust. 1 i 2 w związku z art. 266 oraz w związku z art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz art. 18 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie niedotyczącym zaniechania udostępnienia „informacji dotyczących stawki godzinowej wynagrodzenia Eksperta (wyrażonej w zł/rbh) oraz nakładu czasu pracy Eksperta (wyrażonego w h)” zawartych w dokumencie zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” datowanym na 30 grudnia 2022 r.,
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie zaniechania udostępnienia „informacji dotyczących stawki godzinowej wynagrodzenia Eksperta (wyrażonej w zł/rbh) oraz nakładu czasu pracy Eksperta (wyrażonego w h)” zawartych w dokumencie zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” datowanym na 30 grudnia 2022 r., i nakazuje Miastu Łomża unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz udostępnienie Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie „informacji dotyczących stawki godzinowej wynagrodzenia Eksperta (wyrażonej w zł/rbh) oraz nakładu czasu pracy Eksperta (wyrażonego w h)” zawartych w dokumencie zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” datowanym na 30 grudnia 2022 r.,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Łomża i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Miasta Łomża na rzecz Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie kwotę 11 100 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 23 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący”) wobec dokonanej przez zamawiającego Miasto Łomża (dalej jako „Zamawiający”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Opracowanie Planu Rozwoju Informatyzacji Miasta Łomża do roku 2030” (dalej jako „Postępowanie”) „czynności wyboru oferty złożonej przez Panią C. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą BOUNDLESS DEVELOPMENT w Rędzinach (dalej: „BOUNDLESS”), zaniechania wykluczenia tego wykonawcy, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Międzynarodową Akademię Nauk Stosowanych w Łomży (dalej: „MANS”) oraz wobec zaniechania ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez BOUNDLESS jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny”.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- „1. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 266 ustawy PZP oraz w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP poprzez nieprawidłową ocenę oferty BOUNDLESS w ramach ustanowionego w rozdziale IXI pkt 2 ppkt 2) kryterium oceny ofert odnoszącego się do liczby opracowanych dokumentów strategicznych przez osobę wyznaczoną do realizacji zamówienia wyrażającą się przyznaniem tej ofercie maksymalnej liczby punktów (40 pkt) w sytuacji, gdy:
 - a. w ofercie nie wskazano informacji niezbędnych do oceny oferty w ramach przedmiotowego kryterium, a wymaganych przez Zamawiającego do przedstawienia, bowiem ograniczono się do wskazania wyłącznie nazwy wykonanych projektów, pomijając wymagane określenie rodzaju i krótkiego opisu, w tym nie wskazano m.in. czy opracowane dokumenty określały cele i działania do wykonania w określonym czasie, oraz czy zostały odebrane jako należycie wykonane, przy czym Zamawiający w treści formularza ofertowego (pod tabelą, w której były wskazywane informacje stanowiące podstawę oceny oferty w ramach przedmiotowego kryterium) wyraźnie zastrzegł, że brak podania wymaganych informacji skutkować będzie przyznaniem 0 punktów, zaś informacja w powyższym zakresie nie podlegała uzupełnieniu, a ponadto
 - b. w ramach jednego z projektów wskazanych w ogólnikowy sposób w wykazie, tj. określonego jako „Usługa przeprowadzenia diagnozy społeczno-gospodarczej,

środowiskowej i przestrzennej w subregionie oraz opracowania działań strategicznych w tym zakresie”, opracowany został dokument stanowiący diagnozę, nie określający celów i działań do wykonania w określonym czasie, co oznacza, że wykonawca BOULDLESS nie powinien w ramach wskazanego kryterium oceny ofert uzyskać 40 pkt, a z pewnością nie powinien uzyskać punktów za opracowanie dokumentu, którego dotyczyła usługa wskazana, a co dodatkowo świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości;

2. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy PZP – poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenia poufności wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny dokonanego przez BOUNDLESS (tj. całości wyjaśnień wraz z ewentualnymi załącznikami – o ile zostały one złożone) i tym samym zaniechanie ich ujawnienia Odwołującemu, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał zasadności uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności:
 - a. nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, poprzestając na ogólnych twierdzeniach o możliwości wykorzystania informacji przez konkurentów w celu „przejęcia pracowników i współpracowników” oraz „oceny konkurencyjności”,
 - b. nie wykazał, aby podjęte zostały jakiegokolwiek działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji, poprzestał bowiem na ogólnikowym twierdzeniu, że informacje nie są łatwo dostępne,
 - c. dokonał zastrzeżenia w sposób całościowy, w zakresie całego dokumentu i wszystkich zawartych tam informacji, bez ich rozróżnienia na odrębne kategorie czy rodzaje informacji, a tym samym nie wykazał:
 - i. jakie konkretne działania zapobiegające ujawnieniu podjął w stosunku do poszczególnych informacji,
 - ii. jaką wartość mają poszczególne informacje zawarte w wyjaśnieniach,
 - d. dokonał zastrzeżenia w istocie w sposób blankietowy, posługując się własnym ogólnym wzorcem zastrzeżenia informacji, który nie został nawet specjalnie dostosowany do rodzaju zastrzeganych informacji – bowiem w istocie powołał tożsame argumenty, za pomocą których podjął wcześniej próbę zastrzeżenia poufności formularza ofertowego, a nadto zastrzeżone przez BOUNDLESS informacje w znacznej części nie spełniają przesłanek pozwalających na uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem nie mają wartości gospodarczej innej, aniżeli utrudnienie konkurentom BOUNDLESS weryfikację prawidłowości wyliczenia ceny ofertowej w tym konkretnym Postępowaniu;
3. art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MANS, pomimo iż:

- wykonawca ten, wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, złożył wyjaśnienia nierzetelne, nie uzasadniające podanej w ofercie ceny, gdyż:
 - o wyjaśnienia te i zawarte w nich wyliczenia nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami potwierdzającymi słuszności przyjętych założeń i kosztów, pomimo iż złożenie takich dowodów było możliwe i potrzebne do wykazania prawidłowości wyliczenia ceny,
 - o wyjaśnienia zawierają liczne sprzeczności i niedokładności, w szczególności co do liczby osób realizujących zamówienie oraz podstawy obliczenia ich wynagrodzenia, która w dodatku jest nieaktualna i nie odnosi się do usług objętych przedmiotem zamówienia, a samo wynagrodzenie nie odzwierciedla realnych stawek rynkowych dla tego rodzaju specjalistów, co w istocie podważa prawidłowość przedstawionych wyliczeń,
 - o wyjaśnienia te potwierdzają w istocie, że zaoferowana cena jest rażąco niska, bowiem:
 - wykazane koszty zatrudnienia pracowników przekraczają wartość ceny ofertowej netto (tj. po odliczeniu odprowadzanego do urzędu skarbowego podatku od towarów i usług, który przecież nie może służyć pokryciu kosztów realizacji zamówienia),
 - wykazują niepełne koszty zatrudnienia, pomijając wartość ponoszonych przez niego kosztów ubezpieczenia społecznego – po doliczeniu których same koszty pracy przekraczają nawet cenę ofertową brutto,
- oferta złożona przez MANS zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności, jak wynika ze złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy tj. przede wszystkim kosztów pracy.”.

Odwołujący wniósł o:

- „1. uwzględnienie odwołania,
 2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
 3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie obniżenie punktacji przyznanej ofercie w BOUNDLESS ramach kryterium dotyczącego liczby opracowanych dokumentów strategicznych do 0 pkt,
 4. nakazanie Zamawiającemu ujawnienie dokumentu nieskutecznie zastrzeżonego przez BOUNDLESS jako stanowiącego tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, tj. wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny,
 5. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty MANS”
- oraz o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W dniu 3 lutego 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że „częściowo uwzględni zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenia poufności wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny dokonanego przez BOUNDLESS i tym samym zaniechanie ich ujawnienia Odwołującemu – w zakresie żądania ujawnienia treści tego dokumentu, jednak za wyjątkiem zawartych w tym dokumencie informacji dotyczących stawki godzinowej wynagrodzenia Eksperta (wyrażonej w zł/rbh) oraz nakładu czasu pracy Eksperta (wyrażonego w h) przyjętych przez BOUNDLESS do obliczenia ceny oferty” oraz że „uwzględni zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Międzynarodową Akademię Nauk Stosowanych w Łomży”.

Zamawiający wniósł o „oddalenie odwołania od zaniechania wykluczenia wykonawcy – Pani C. M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą BOUNDLESS DEVELOPMENT (dalej: „BOUNDLESS” lub „Przystępująca”) – z uwagi na brak przedstawienia w treści odwołania zarzutów w tym zakresie”, oraz o „oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 266 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP poprzez nieprawidłową ocenę oferty BOUNDLESS”, a także o „oddalenie odwołania co do pozostałej części” zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W dniu 5 lutego 2023 r. Odwołujący złożył pismo, w którym oświadczył, że „wycofuje podniesiony w Odwołaniu zarzut nr 1 lit. a) i b), tj. cały zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny oferty BOUNDLESS w ramach kryterium pozacenowego”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca C. M., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Boundless Develepment C. M., (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego przedstawionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zakresie w jakim Zamawiający go uwzględnił i wniósł o oddalenie odwołania w zakresie tego zarzutu w pozostałym zakresie.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie na usługi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie

podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 2 grudnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00473845/01.

Odwołujący i Przystępujący złożyli ofertę w Postępowaniu.

Pismem datowanym na 30 grudnia 2022 roku wezwał Przystępującego „do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych dotyczących realizacji w/w zamówienia”.

Przystępujący przekazał Zamawiającemu datowane na 30 grudnia 2022 roku pismo zatytułowane „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień”, w którym podano oszacowane koszty „związane z pracą ekspertów (stawki wynagrodzenia zawartej w umowie)” i liczbę godzin „niezbędną do terminowej realizacji zadania”.

Do ww. pisma załączono dokument zatytułowany „Oświadczenie o tajemnicy przedsiębiorstwa” o treści „Na podstawie art. 11 ust 4. Ustawy dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. 2003 Nr 153 poz. 1503 z późn. Zm.) dochowując należytej staranności zastrzegamy, iż wszystkie informacje przedstawione w Odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym informacje te nie podlegają publicznemu ogłoszeniu. Przekazanie dokumentacji określonej jako niejawną ma za cel wykazanie możliwości należytej realizacji usługi przez przedsiębiorcę i poddanie ocenie przez Zamawiającego, którego rolą w postępowaniu jest stwierdzenie rzetelności oraz nienaruszania interesu publicznego przez przedsiębiorcę, stąd informacje te nie mogą zostać upublicznione na podstawie art. 11, ust. 8 Ustawy dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnica przedsiębiorstwa odnosi się do zakazu ujawniania informacji poufnych stronom trzecim, m. in. innym oferentom, biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie wskazuje się, że zgodnie z art. 23, ust. 1 Ustawy dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ten kto ujawnienia lub wykorzystuje

informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Uzasadnienie: Dokument zawiera informacje techniczne i organizacyjne firmy, które dotyczą unikatowego dla przedsiębiorstwa zakresu przedmiotowego świadczenia usług, sposobu świadczenia usług, posiadanego doświadczenia przedsiębiorstwa i zespołu ekspertów będących pracownikami oraz współpracownikami przedsiębiorstwa. Wiedza ta, która nie jest łatwo dostępna osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, jest oparta na doświadczeniu podmiotu i jest podstawą konkurencyjności na rynku i posiadania przez podmiot know-how wykorzystywanego w działalności. W związku z tym informacje te stanowią wartość gospodarczą zarówno jako całość jak i w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów. Stąd ujawnienie informacji niejawnych stanowi narażenie przedsiębiorcy na szkodę, która może być spowodowana przez takie działania jak m.in.: przejście pracowników i/lub współpracowników firmy, którzy posiadają określone i wykazane doświadczenie oraz obszar specjalizacji; możliwość oceny konkurencyjności przedsiębiorstwa na podstawie wiedzy o szczegółowym zakresie zrealizowanych usług, co może zostać wykorzystane w przypadku zapytań ofertowych / zamówień publicznych oceniających doświadczenie podmiotu jako kryterium oceny ofert. W związku z powyższym informacje określone jako niejawne stanowią wartość gospodarczą zarówno jako całość jak i w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów.”.

Zamawiający w dniu 16 stycznia 2023 r. przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania określonych w art. 528 Pzp oraz że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 Pzp „odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy”, zaś stosownie do art. 568 pkt 1) Pzp, „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania”. Z treści tego przepisu wynika, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu odwołania.

Wobec treści oświadczenia zawartego w piśmie Odwołującego złożonego 5 lutego 2023 r. w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w związku z art. 266 oraz w związku

z art. 16 ust. 1 pkt 1 Pzp spełniona została hipoteza normy wynikającej art. 568 pkt 1) Pzp, wobec czego Izba zobowiązana była umorzyć postępowanie w zakresie tego zarzutu.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 Pzp „w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania.”, zaś stosownie do art. 568 pkt 3) Pzp, „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522”.

Mając na uwadze zawarte w odpowiedzi na odwołanie oświadczenia Zamawiającego dotyczące uwzględnienia zarzutów naruszenia art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 18 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp za wyjątkiem zawartych w dokumencie zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” datowanym na 30 grudnia 2022 r. „informacji dotyczących stawki godzinowej wynagrodzenia Eksperta (wyrażonej w zł/rbh) oraz nakładu czasu pracy Eksperta (wyrażonego w h)” oraz iż Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów, zaszły okoliczności wypełniające hipotezę normy wynikającej art. 522 ust. 4 Pzp, co uzasadniało umorzenie postępowania w zakresie zarzutów naruszenia art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 18 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp w zakresie nie dotyczącym zaniechania udostępnienia „informacji dotyczących stawki godzinowej wynagrodzenia Eksperta (wyrażonej w zł/rbh) oraz nakładu czasu pracy Eksperta (wyrażonego w h)” zawartych w dokumencie zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” datowanym na 30 grudnia 2022 r.

W tym stanie rzeczy w punkcie 1. wyroku orzeczono o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie ww. zarzutów, a Izba rozpoznała odwołanie w odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zakresie zaniechania udostępnienia „informacji dotyczących stawki godzinowej wynagrodzenia Eksperta (wyrażonej w zł/rbh) oraz nakładu czasu pracy Eksperta (wyrażonego w h)” zawartych w dokumencie zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” datowanym na 30 grudnia 2022 r.

Po zapoznaniu się z argumentacją Stron i Przystępującego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawionymi w trakcie rozprawy w dniu

6 lutego 2022 r. Izba uznała, że zarzut ten jest zasadny, a w jego zakresie odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp „postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne”, a stosownie do art. 18 ust. 3 Pzp „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5”.

Z powołanych przepisów wynika, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadą jest, że związane z tym postępowaniem informacje są jawne i podlegają udostępnieniu, od której to wyjątkiem jest nieudostępnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp. Przepis ten jako przepis ustanawiający wyjątek od zasady musi być więc interpretowany i stosowany ściśle. Należy więc stwierdzić, że w sytuacji, gdy wykonawca zwraca się do zamawiającego o udostępnienie informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, przepis ten uprawnia (i zobowiązuje) zamawiającego do nieudostępnienia wykonawcy wyłącznie informacji, w zakresie której spełnione są łącznie następujące przesłanki:

- 1) informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 2) wykonawca wraz z przekazaniem informacji zastrzegł, że nie może być ona udostępniana,
- 3) wykonawca wraz z przekazaniem informacji wykazał, że informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Wymaga przy tym podkreślenia, że w przepisie tym mowa jest o informacji, a nie o dokumencie (w szczególności o dokumencie zawierającym informację), wobec czego uprawnia on do nieudostępnienia określonej informacji, a nie dokumentu zawierającego tą informację.

W ocenie Izby zaniechanie udostępnienia „informacji dotyczących stawki godzinowej wynagrodzenia Eksperta (wyrażonej w zł/rbh) oraz nakładu czasu pracy Eksperta (wyrażonego w h)” zawartych w dokumencie zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” datowanym na 30 grudnia 2022 r. naruszało art. 18 ust. 1 i 3 Pzp.

Aczkolwiek nie może budzić wątpliwości, że wraz z przekazaniem informacji „dotyczących stawki godzinowej wynagrodzenia Eksperta (wyrażonej w zł/rbh) oraz nakładu czasu pracy Eksperta (wyrażonego w h)” Przystępujący zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, to w ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że Przystępujący wraz z przekazaniem tych informacji wykazał, że każda z nich stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”).

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk „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”.

W świetle treści art. 18 ust. 3 Pzp nie może ulegać wątpliwości, że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, iż każda informacja (w zakresie której wykonawca zastrzegł, że nie może być ona udostępniana) stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże w odniesieniu do każdej informacji, której dotyczy takie zastrzeżenie, zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny, czy wykonawca wykazał spełnienie przesłanek uprawniających do nieudostępnienia tej informacji, przy czym, uwzględniając zasadę jawności postępowania, powinna ona mieć charakter wnikliwy i staranny (vide uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2021 r., wydanego w postępowaniu sygn. KIO 2044/21). Prawdliwość tej oceny podlega zaś ocenie Izby.

Dla uznania, iż wykonawca wykazał w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, nie jest wystarczające złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienie ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie złożenia dowodów potwierdzających, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (tak Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniach wyroków z dnia 25 stycznia 2022 r., wydanego w postępowaniu sygn. KIO 80/22 czy z dnia 9 lipca 2021 r. wydanego w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 1611/21).

Mając na uwadze wynikające z art. 18 ust. 1 i 3 zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wniosek, iż wykazanie, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może polegać wyłącznie na ogólnikowym przedstawieniu twierdzeń w tym zakresie, w ocenie Izby w odniesieniu do każdej informacji, w zakresie której wykonawca zastrzegł, że nie może być ona udostępniana, zobowiązany jest on wykazać wszystkie wynikające z art. 11 ust. 2 uznk przesłanki to uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. że:

- 1) jest ona informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą,
 - 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów informacji nie jest ona powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
 - 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności,
- a w przypadku, gdy zastrzeżenie dotyczy „innej informacji posiadającej wartość gospodarczą” także na czym polega wartość gospodarcza tej informacji.

Podzielić należało stanowisko Odwołującego, iż Przystępujący nie wykazał wraz z przekazaniem informacji „dotyczących stawki godzinowej wynagrodzenia Eksperta (wyrażonej w zł/rbh) oraz nakładu czasu pracy Eksperta (wyrażonego w h)” zawartych w dokumencie zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” datowanym na 30 grudnia 2022 r., że podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji. W dokumencie zatytułowanym „Oświadczenie o tajemnicy przedsiębiorstwa” Przystępujący nie wskazał nawet, aby podjął jakieś działania w celu utrzymania każdej z tych informacji w poufności.

Biorąc pod uwagę treść art. 18 ust. 3 Pzp i art. 11 ust. 2 uznk już samo niewykazanie, że Przystępujący podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania każdej z tych informacji w poufności, oznacza, iż nie można żadnej z nich uznać za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, a w konsekwencji, iż Przystępujący wykazał, że każda z nich stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp. Dokonaną przez Zamawiającego ocenę, czy Przystępujący wykazał spełnienie przesłanek uprawniających do nieudostępnienia tych informacji, należało więc ocenić jako nieprawidłową.

Niemniej należy stwierdzić, iż na przyjęcie, że Przystępujący wykazał wszystkie wynikające z art. 11 ust. 2 uznk przesłanki to uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie pozwala także okoliczność, iż Przystępujący nie wskazał, czy zawarta w dokumencie zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” datowanym na 30 grudnia 2022 r. informacja dotycząca „stawki godzinowej wynagrodzenia Eksperta (wyrażonej w zł/rbh)” jest informacją techniczną czy technologiczną czy organizacyjną przedsiębiorstwa czy inną informacją posiadającą wartość gospodarczą; nie uczynił tego także w odniesieniu do informacji dotyczącej „nakładu czasu pracy Eksperta (wyrażonego w h)”.

W dokumencie zatytułowanym „Oświadczenie o tajemnicy przedsiębiorstwa” wskazano jedynie, że ww. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” „zawiera informacje techniczne i organizacyjne firmy, które dotyczą unikatowego dla przedsiębiorstwa zakresu przedmiotowego świadczenia usług, sposobu świadczenia usług, posiadanego doświadczenia przedsiębiorstwa i zespołu ekspertów będących pracownikami oraz współpracownikami przedsiębiorstwa”. W zakresie przedmiotowego stwierdzenia podzielić należy stanowisko Odwołującego, że informacje „dotyczących stawki godzinowej wynagrodzenia Eksperta (wyrażonej w zł/rbh) oraz nakładu czasu pracy Eksperta (wyrażonego w h)” nie dotyczą „unikatowego dla przedsiębiorstwa zakresu przedmiotowego świadczenia usług, sposobu świadczenia usług, posiadanego doświadczenia przedsiębiorstwa i zespołu ekspertów będących pracownikami oraz współpracownikami przedsiębiorstwa”; w szczególności wymaga podkreślenia, że zakres świadczonych usług wynika z postanowień specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu.

Jak wskazano powyżej, w ocenie Izby wykonawca zobowiązany jest wykazać, na czym polega wartość gospodarcza informacji, w zakresie której zastrzegł on, że nie może być ona udostępniana, gdy zastrzeżenie dotyczy „innej informacji posiadającej wartość gospodarczą”. Brak wskazania, czy informacja dotycząca „stawki godzinowej wynagrodzenia Eksperta (wyrażonej w zł/rbh)” jest informacją techniczną czy technologiczną czy organizacyjną przedsiębiorstwa czy inną informacją posiadającą wartość gospodarczą uniemożliwia więc określenie, czy Przystępujący zobowiązany był wykazać, na czym polega wartość gospodarcza tej informacji, a jeżeli tak, czy to uczynił. Nie było więc możliwe dokonanie oceny zasadności zarzutu zawartego w odwołaniu w zakresie nie wykazania wartości gospodarczej tej informacji. To samo dotyczy informacji dotyczącej „nakładu czasu pracy Eksperta (wyrażonego w h)”.

W tym stanie rzeczy Zamawiający zobowiązany był udostępnić Odwołującemu „informacje dotyczące stawki godzinowej wynagrodzenia Eksperta (wyrażonej w zł/rbh) oraz

nakładu czasu pracy Eksperta (wyrażonego w h)” zawarte w dokumencie zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” datowanym na 30 grudnia 2022 r., a zaniechując dokonania tej czynności z powołaniem się na art. 18 ust. 3 Pzp naruszył zarówno ten przepis, jak i art. 18 ust. 1 Pzp.

Zważywszy, że dopiero udostępnienie rzeczonych informacji umożliwi Odwołującemu powzięcie wiedzy, czy istnieją przesłanki do kwestionowania prawidłowości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, w szczególności z uwagi na zawarcie w wybranej ofercie rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp mogło mieć istotny wpływ na wynik Postępowania.

Powyższe uzasadniało uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z oraz udostępnienie Odwołującemu „informacji dotyczących stawki godzinowej wynagrodzenia Eksperta (wyrażonej w zł/rbh) oraz nakładu czasu pracy Eksperta (wyrażonego w h)” zawartych w dokumencie zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” datowanym na 30 grudnia 2022 r., o czym orzeczono w punkcie 2. wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 3. wyroku na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1), § 5 pkt 1) i 2), § 7 ust. 1 pkt 1) oraz § 9 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 7.500 złotych. Zgodnie z § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych”. Z kolei § 9 ust. 3 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania

odwoławczego w części, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy, jeżeli odwołanie w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało przez Izbę uwzględnione w całości - do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się § 7 ust. 1 pkt 1;”, zaś § 7 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia, iż „przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2”.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym i rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonej na rozprawie faktury, koszty Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika wyniosły 3.690 złotych. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego Izba mogła zaliczyć wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika do kwoty 3.600 złotych. Wobec powyższego do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono kwotę 3.600 złotych obejmującą wynagrodzenie pełnomocnika.

Mając na uwadze, że - w zakresie w jakim odwołujący nie cofnął odwołania - postępowanie odwoławcze zostało umorzone w części na podstawie art. 522 ust. 4 Pzp, a w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, odwołanie zostało przez Izbę uwzględnione w całości, zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty obejmujące ww. wynagrodzenie.

Przewodniczący: