

WYROK
z dnia 1 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Członkowie: Justyna Tomkowska

Marek Bienias

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Compremum S. A. w Poznaniu i Transtrain Sp. z o. o. w Chrzanowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Koleje Dolnośląskie S. A. w Legnicy przy udziale przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k. w Lisim Ogonie i CSI Invest Sp. z o. o. w Białych Błotach przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego konsorcjum Compremum S. A. w Poznaniu i Transtrain Sp. z o. o. w Chrzanowie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Compremum S. A. w Poznaniu i Transtrain Sp. z o. o. w Chrzanowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza solidarnie od Compremum S. A. w Poznaniu i Transtrain Sp. z o. o. w Chrzanowie na rzecz zamawiającego Kolei Dolnośląskich S. A. w Legnicy kwotę 4 619,45 zł (cztery tysiące sześćset dziewiętnaście złotych czterdzieści pięć groszy) tytułem zwrotu kosztów strony postępowania odwoławczego.

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 ze 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 1 sierpnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt: 1795/22

Zamawiający – Koleje Dolnośląskie S. A. ul. Kolejowa 2, 59-220 Legnica, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie obsługi technicznej poziomu utrzymania P5 wraz z pracami dodatkowymi, w tym zabudowa klimatyzacji w pojazdach typu 212M serii SA109-003 i SA109-004”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 24 stycznia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 016-039383, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę sektorową, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 6 lipca 2022 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniosło konsorcjum Compremum S. A. ul. Gryfińska 1, 60-192 Poznań i Transtrain Sp. z o. o. ul. Fabryczna 16, 32-500 Chrzanów (dalej zwane „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SPS-CSI z udziału w Postępowaniu, pomimo faktu, że Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum SPS-CSI zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji,
2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, wobec ziszczenia się przesłanki, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5) PZP,
3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 3, 11 i 15 UZNK i w zw. z art. 72 § 2 i 72¹§ 1 KC poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SPS-CSI pomimo faktu, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz z naruszeniem innych przepisów prawa,
4. naruszenie art. 128 PZP poprzez zaniechanie badania oferty Konsorcjum SPSCSI pod kątem istnienia przesłanek do jej odrzucenia oraz wykluczenia Konsorcjum SPS-CSI z udziału w Postępowaniu, zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnień w sytuacji gdy oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia budzą istotne wątpliwości wobec informacji posiadanych przez Zamawiającego o okolicznościach złożenia oferty przez Konsorcjum SPS-CSI,

5. naruszenie art. 239 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,
6. naruszenie art. 16 PZP poprzez przeprowadzenie Postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji wobec zaniechania wyjaśnienia okoliczności przedstawionych Zamawiającemu przez Odwołujących a stanowiących podstawę wykluczenia Konsorcjum SPS-CSI z udziału w Postępowaniu i odrzucenia jego oferty w związku z zachowaniami naruszającymi uczciwą konkurencję oraz prowadzącymi do ograniczenia konkurencji,
7. art. 5 k.c. poprzez rażące nadużycie prawa podmiotowego poprzez swobodne przeprowadzenie Postępowania i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej cenowo bez badania przesłanek do jej odrzucenia i wykluczenia z Konsorcjum SPS-CSI z Postępowania pomimo posiadania istotnych informacji co najmniej uprawdopodobniających zaistnienie ww. okoliczności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum SPS-CSI, dokonania ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia konsorcjum SPS-CSI i odrzucenia tej oferty oraz wybór oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Ponadto wniesiono o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, a także dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka - R. W. na okoliczność prowadzenia przez CSI, Transtrain i Compremum uzgodnień w zakresie złożenia wspólnej oferty w postępowaniu, zakresu informacji przekazywanych CSI, niemożliwości pozyskania niezbędnych do przygotowania oferty w postępowaniu informacji i wsadu do oferty przygotowywanych przez Transtrain i Compremum w okresie 5 dni, stopnia zaangażowania CSI i odwołującego w przygotowanie oferty, sposobu i zakresu współpracy pomiędzy CSI a odwołującym w ramach postępowania, stanowiska przekazywanego przez CSI w zakresie możliwości złożenia oferty w postępowaniu bez odwołującego, okoliczności rozpoczęcia i zakończenia współpracy, utrzymywania przez CSI fikcji współpracy do dnia poprzedzającego przesłanie pisma z dnia 30 marca 2022 r., stanowiska CSI w zakresie zakończenia współpracy.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W związku z ogłoszonym przez zamawiającego postępowaniem CSI zwróciło się w 27 stycznia 2022 r. do Compremum S.A. (dalej zwanej przez odwołującego „COMPREMUM”) z propozycją wspólnego przygotowania i złożenia oferty, jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, współpracując na zasadzie konsorcjum.. Propozycja poprzedzała

informację mailową o postępowaniu. CSI zainteresowane było wspólnym uczestnictwem w postępowaniu, tak z COMPREMUM, jak i Transtrain Sp. z o.o. (dalej zwanej przez odwołującego „TRANSTRAIN”). CSI, po zwróceniu się do zamawiającego o zmianę SWZ, posiadało stosowne referencje umożliwiające złożenie oferty, jednakże nie posiadało zasobów finansowych, ani zaplecza technicznego i organizacyjnego, umożliwiającego realizację zamówienia publicznego objętego postępowaniem. Na potwierdzenie zainteresowania wspólnym uczestnictwem w postępowaniu, CSI przesłało wiadomość e-mail z linkiem do dokumentów postępowania i wzorem umowy konsorcjum (tak korespondencja mailowa z 27.01.2022 r. i 04.02.2022 r.).

W okresie od 27 stycznia do 29 marca 2022 r., strony uzgodniły wstępny podział obowiązków jako członków konsorcjum oraz kompleksowe zasady współpracy w ramach postępowania. W szczególności strony uzgodniły, że złożą wspólną ofertę oraz jednoznacznie i wiążąco uzgodniły warunki współpracy w ramach konsorcjum, w tym prawa i obowiązki poszczególnych partnerów, zakres wyłączności współpracy i zakres informacji objętych poufnością. Wszelkie powyższe uzgodnienia traktowane były przez odwołującego oraz CSI (a przynajmniej zgodnie ze składanymi przez CSI deklaracjami) jako wiążące i niewypowiadalne. Strony zawarły w związku z tym umowę ustną, która wobec braku podstawy prawnej, nakładającej obowiązek zawarcia jej w formie pisemnej, ani pod rygorem nieważności, ani dla celów dowodowych, jest umową zawartą skutecznie i wywołuje wszelkie skutki w niej przewidziane. Jedynym elementem niezgodnionym jednoznacznie była wysokość kar umownych przewidzianych za naruszenie obowiązków umownych, którą zaproponować miało, zgodnie z ustaleniami stron, CSI, bowiem dla odwołującego wysokość ta pozostawała bez większego znaczenia. Następnie strony uzgodniły również szczegółowy podział prac i zasad współpracy przy realizacji zamówienia publicznego na wypadek gdyby ich wspólna oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w toku postępowania - korespondencja z 27.01.2022 r., 04.02.2022 r., 08.02.2022 r., 21.02.2022 r., 22.02.2022 r., 07.03.2022 r., 14.03.2022 r., 16.03.2022 r., umowa konsorcjum, przesłuchanie pana R. W.).

Spółki wraz z CSI prowadziły zaawansowane rozmowy i prace nad przygotowaniem wspólnej oferty. W toku prac nad ofertą, niezbędne było ujawnienie przez każdą ze stron szeregu informacji, które zgodnie z jednomyślnymi ustaleniami stanowiły informacje poufne każdej ze stron, a także stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa każdej ze stron. W ramach pracy nad ofertą spółki ujawniły CSI m.in. bazę kontrahentów i dostawców, warunki cenowe uzgodnione przez spółki z kontrahentami i dostawcami dla celów realizacji kontraktów, sposób kalkulacji ceny, wysokość marży, wycenę usług świadczonych przez spółki, *know-how* zarządzania kontraktami i realizacji kontraktów z sektora kolejowego, możliwości i zaplecze techniczne, technologiczne i organizacyjne, a także potencjał finansowy. Ujawnienie tych informacji było konieczne i niezbędne dla przygotowania wspólnej oferty

(dowód: korespondencja mailowa z 08.02.2022 r., 14.03.2022 r., umowa konsorcjum, przesłuchanie pana R. W.). Równolegle do prac nad przygotowaniem wspólnej oferty, odwołujący i CSI przygotowywały do podpisu dokumenty, mające na celu pisemne potwierdzenie wcześniej zawartych umów w zakresie współpracy - umowy konsorcjum (wraz ze zobowiązaniem dotyczącym wyłączności, poufności, trwałości partnerskiego stosunku prawnego łączącego odwołującego i CSI) oraz pełnomocnictwa dla COMPREMUM jako lidera konsorcjum. Pełnomocnictwo zostało przez każdą ze stron podpisane, natomiast umowa konsorcjum oczekiwała wyłącznie na wpisanie przez CSI kwot kar umownych, które jak wspomniano było akceptowane przez odwołującego w każdej wysokości. Niezależnie od braku ostatecznego braku podpisania pisemnych dokumentów - umowy o określonej treści zostały zawarte w formie ustnej, a strony zgodnie procedowały w celu sporządzenia wspólnej oferty. (Dowód: korespondencja mailowa z 27.01.2022 r., 4.02.2022 r., 21.02.2022 r., 22.02.2022 r., umowa konsorcjum, pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum, przesłuchanie pana R. W.). Projekt pisemnego odzwierciedlenia treści umowy konsorcjum, przygotowany przez CSI, a zaakceptowany przez spółki, jednoznacznie wskazuje, że strony umówiły się, że „w związku z wykonaniem Umowy [umowy konsorcjum] oraz Kontraktu Strony mogą wymieniać informacje poufne (zwanej dalej „Informacjami Poufnymi”), przez które należy rozumieć: (i) wszelkie przekazywane drugiej Stronie informacje lub dane ustne, na piśmie lub zapisane w inny sposób, dotyczące planów, działalności gospodarczej lub przedsięwzięć Strony, (ii) wszelkie rozmowy i lub rokowania prowadzone pomiędzy przedstawicielami Stron w związku z zawarciem i realizacją niniejszej Umowy; oraz (iii) wszelkie informacje, rozmowy i rokowania, prowadzone ze stroną trzecią zaangażowaną w zawarcie i realizację Umowy na wniosek dowolnej ze Stron”. Strony zobowiązały się również m.in.: „1) zachować w tajemnicy wszystkie Informacje Poufne innej Strony; 2) wykorzystywać lub stosować informacje Poufne innej Strony wyłącznie na użytek realizacji niniejszej Umowy [umowy konsorcjum]; 3) nie wykorzystywać, [...], ani nie stosować Informacji Poufnych innej Strony do żadnego innego celu lub celów własnych innych niż realizacja Umowy [umowy konsorcjum]; 4) w dowolnym czasie, bez względu na postępowanie rokowań, [...] nie ujawniać lub nie udostępniać w inny sposób bez zgody innej Strony na piśmie, żadnych Informacji Poufnych innej Strony stronom trzecim;”. Powyższe zdaniem odwołującego potwierdza również, że wszelkie informacje przekazywane w toku przygotowania oferty nie mogły być ujawniane, ani wykorzystywane przez żadną ze stron do celów innych, niż przygotowanie wspólnej oferty (dowód: korespondencja mailowa z 27.01.2022 r., 04.02.2022 r., 22.02.2022 r., umowa konsorcjum).

Odwołujący dodał, że strony prowadziły bieżącą, ciągłą i codzienną wymianę informacji - za pośrednictwem rozmów osobistych przedstawicieli i pracowników stron, w tym za pośrednictwem elektronicznych środków bezpośredniego porozumiewania się (aplikacja MStamps), korespondencji mailowej oraz rozmów telefonicznych. Ostatnie rozmowy na

temat oferty i jej treści odbyły się pomiędzy stronami 21 marca 2022 r. (za pośrednictwem aplikacji MStears) i 29 marca 2022 r. telefonicznie. Natomiast pismem z 30 marca 2022 r. CSI powiadomiło odwołującego, że podjęło decyzję o braku kontynuacji współpracy w przedsięwzięciu objętym postępowaniem. Powodami takiej decyzji był przede wszystkim brak zgody zgromadzenia wspólników na zaciągnięcie zobowiązania do realizacji zadania publicznego objętego postępowaniem, istnienie istotnych ryzyk kontraktowych związanych z realizacją zadania publicznego objętego postępowaniem i braku rentowności realizacji tego zadania po stronie CSI. Odwołujący, mimo wielotygodniowej współpracy informację tę otrzymał zaledwie pięć dni (dwa dni robocze) przed terminem złożenia i otwarcia ofert wyznaczonym na 4 kwietnia 2022 r., co spowodowało realne i faktyczne zagrożenie braku możliwości złożenia oferty w ramach postępowania, z uwagi na brak partnera do realizacji zadania publicznego, objętego postępowaniem w zakresie, w jakim prace i usługi, zgodnie z podziałem kompetencyjnym, miało świadczyć CSI w ramach posiadanych referencji. W takich okolicznościach, przygotowanie oferty jest albo niemożliwe, albo wymaga ponownego jej przygotowania w oparciu o ustalenia z nowym partnerem i oferowanym przez niego zakresem uczestnictwa we wspólnej realizacji zadania publicznego. Partner musi zostać wyselekcjonowany, konieczne jest wynegocjowanie warunków współpracy oraz uzupełnienie zakresów czynności w ramach zadania publicznego, których pokrycia nie oferuje nowy partner, we własnym zakresie. Tego rodzaju działania są czasochłonne, co jest faktem znanym każdemu uczestnikowi postępowań przetargowych. Jednocześnie, wyłącznie z uwagi na szerokie i dobre relacje biznesowe COMPREMUM, odwołującemu udało się znaleźć odpowiedzialnego partnera, gotowego do intensywnej pracy w krótkim czasie i w dniach wolnych od pracy, celem umożliwienia odwołującemu złożenie oferty (tak pismo z 30.03.2022 r., przesłuchanie świadka pana R. W.).

Po otrzymaniu informacji z otwarcia ofert, odwołujący uzyskał wiedzę, że CSI złożyło ofertę w ramach konsorcjum z innym podmiotem - SPS. Odwołujący zwraca uwagę na zbieżność wysokości tej oferty, istotnie zbliżonej do jego oferty (niższej od oferty spółek o niewiele ponad 350 000,00 zł) oraz sam fakt przygotowania i złożenia oferty przez CSI, które rzekomo nie otrzymało zgody zgromadzenia wspólników na zaciągnięcie zobowiązania o szacunkowo podobnej (a nawet wyższej, a więc i bardziej rentownej) wielkości wraz z odwołującym. W toku całego okresu przygotowywania oferty CSI nie dysponowało ani odpowiednim potencjałem technicznym i finansowym, ani też stosowną bazą dostawców i kontrahentów. Proces przygotowania wspólnej z CSI oferty trwał wiele tygodni, przez cały ten okres odwołujący prowadził negocjacje cen z dostawcami i kontrahentami oraz był zaangażowany w przygotowanie odpowiedniej bazy logistycznej. CSI otrzymywało na bieżąco informacje o jego postępach i wynikach, jednak nie zajmowało się pozyskaniem takich danych we własnym zakresie.

W ocenie odwołującego przygotowany przez niego zakres stanowił istotną część zaangażowania w przygotowanie oferty cenowej, podczas gdy CSI dokonywało zasadniczo wyceny własnego zakresu prac, zgodnie z ustalonym podziałem. Dla odwołującego oczywistym jest, że o ile pozyskanie partnera, który miał zastąpić zakres prac realizowany przez CSI było zasadniczo utrudnione w tak krótkim czasie, to pozyskanie takiego zaplecza, jakim organizacyjnie zajął się odwołujący, nie jest możliwe w okresie zaledwie pięć dni (dwa dni robocze) pomiędzy poinformowaniem odwołującego o rezygnacji ze współpracy, a złożeniem oferty przez CSI i SPS. Jednocześnie zbieżność cenowa ofert, jak również sam fakt wypracowania wspólnej oferty cenowej przez CSI z innym partnerem sugeruje nie tylko jednoczesne działanie przez CSI we współpracy z odwołującym i SPS, ale również wykorzystanie danych i informacji zgromadzonych w toku przygotowania oferty przez odwołującego, we współpracy z SPS. Działanie takie należy uznać za nieuprawnione, bowiem CSI skorzystało z *know-how* należącego do odwołującego i ujawnionego CSI w poufności. (Dowód: informacja z otwarcia ofert, przesłuchanie świadka pana R. W.).

Zdaniem odwołującego wyżej wskazane okoliczności świadczą, że proponując współpracę, CSI nigdy nie zamierzało złożyć wraz z odwołującym wspólnej oferty w postępowaniu. Wszelkie negocjacje prowadzone przez wiele tygodni, prowadzone były jedynie dla pozorów, dla stworzenia fikcji woli wspólnego przygotowania i złożenia oferty oraz pozyskania od odwołującego informacji, które w konsekwencji działań CSI pozwoliły na stworzenie oferty oraz zmierzały wyłącznie do uniemożliwienia złożenia przez odwołującego (zwłaszcza spółkę kolejową TRANSTRAIN) własnej oferty. Zbieżność ofert wprost sugeruje nieuprawnione wykorzystanie wszelkich danych i informacji, których bez współpracy z odwołującym, CSI nie pozyskałoby w czasie umożliwiającym złożenie rzetelnej oferty, a które składają się na informacje gromadzone przez wiele tygodni. Działanie takie stoi w jawnej sprzeczności nie tylko z ustaleniami stron, ale i przepisami prawa. W wyniku powyższego według odwołującego CSI dopuściło się nie tylko naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego (o czym szczegółowo w dalszej części odwołania), ale również prowadziło negocjacje w złej wierze, ujawniło tajemnicę negocjacji oraz działało w zмовie z SPS celem uniemożliwienia pozyskania zamówienia publicznego przez odwołującego i wyeliminowania go z rynku sektora kolejowego, w zakresie związanym z postępowaniem ograniczając tym samym konkurencję. Powyższe potwierdza również działanie CSI związane z dążeniem do zmiany SWZ i uzyskania zamówienia w ramach postępowania stojące w jawnej sprzeczności z wycofaniem się i rzekomymi powodami takiego wycofania ze współpracy z odwołującym. Takie działanie CSI doprowadziło do patowej sytuacji, w której odwołujący w ostatniej chwili pozostał bez „technicznego” partnera biznesowego, który fizycznie miał wykonać część prac w ramach zadania publicznego objętego postępowaniem, a bez takiego partnera szanse na złożenie oferty były marginalne.

Odwołujący zaznaczył dalej, że jedynie jego szerokie relacje biznesowe umożliwiły pozyskanie partnera dysponującego odpowiednimi referencjami. Co istotne, krótki czas pozostający do terminu złożenia ofert uniemożliwił (i) przeprowadzenie szerokiego rozeznania na rynku, jak również (ii) przeprowadzenia negocjacji biznesowych z nowym partnerem umożliwiającymi złożenie oferty na korzystniejszych warunkach cenowych, co na pewno byłoby możliwe, gdyby odwołujący dysponował takim samym czasem jakim dysponował w rozmowach z CSI. W sytuacji, w jakiej odwołujący został postawiony miał do wyboru: nie składać oferty lub złożyć ją na jedynych możliwych warunkach jakie zostały mu zaproponowane przez nowego partnera biznesowego, pozyskanego w ostatniej chwili. Działania CSI nie tylko naraziły na naruszenie ale wręcz doprowadziły do naruszenia interesu odwołującego, polegającego na narażeniu na brak możliwości złożenia własnej oferty, a co najmniej na uniemożliwieniu złożenia korzystniejszej cenowo (nie tylko względem SPS-CSI ale i względem własnej) oferty.

Dodatkowo, celem przygotowania i złożenia oferty strony poniosły istotne koszty związane z przygotowaniem właściwego budżetu, jak i zaangażowaniem doradców prawnych i finansowych celem przygotowania stosownych dokumentów przetargowych. Co równie istotne i nie podlega zanegowaniu, to fakt, że CSI złożyło ofertę wraz z SPS mając pełną wiedzę o parametrach cenowych, na podstawie których ofertę mógł złożyć odwołujący. Tym samym doprowadziło do nieuczciwego przygotowania swojej własnej oferty w warunkach braku zachowania nawet podstawowych zasad konkurencji przewidzianych przepisami prawa, w tym przepisami p.z.p., zgodnie z którymi oferty ujawniana są równocześnie, dopiero na terminie otwarcia ofert. Dla odwołującego oczywistym jest, że wszelkie działania CSI zmierzały do wyeliminowania go, jako konkurencji dla CSI i SPS z rynku i uniemożliwienia pozyskania zamówienia publicznego w postępowaniu.

O wszystkich powyższych okolicznościach odwołujący poinformował również zamawiającego. Pismo wraz z kompletem dowodów (tożsamy z dowodami złożonymi do odwołania na ww. okoliczności) zostało złożone zarówno mailem, na platformie zakupowej zamawiającego oraz za pośrednictwem Poczty Polskiej (dowód: pismo z 8.04.2022 r., potwierdzenie nadania z 11.04.2022 r., potwierdzenie złożenia pisma na platformie zakupowej zamawiającego 8.04.2022 r., kopia maila do zamawiającego z 8.04.2022 r.). Pismo odwołującego pozostało bez odzewu zamawiającego, zamawiający nie podjął próby wyjaśnienia okoliczności, o których został zawiadomiony przez odwołującego, a w konsekwencji nie dokonał należytego badania ofert pod kątem istnienia przesłanej do ich odrzucenia i nie wykluczył konsorcjum SPS-CSI z postępowania, ani nie odrzucił tej oferty.

Wobec powyższych okoliczności, odwołujący uznał, że zamawiający dopuścił się naruszenia szeregu przepisów prawa, o których mowa poniżej.

1. Naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz art. 16 p.z.p.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p. nakładają na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, w tym gdy zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji (art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p.). W opinii odwołującego wyżej opisane zachowanie CSI mieści się w ramach porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji, a nadto ściśle zakazanych na mocy dyspozycji art. 6 u.o.k.i.k.

Zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję skierowany jest do przedsiębiorców i może być egzekwowany jedynie w sytuacji, gdy uczestnikami niedozwolonego porozumienia są przedsiębiorcy. W stanie faktycznym niniejszej sprawy bez wątplenia należy uznać, że przesłanka ta została całkowicie spełniona (*vide* KRS i JEDZ obu tych podmiotów). Forma zawarcia porozumienia nie odgrywa zasadniczej roli w kontekście egzekwowania zakazu z art. 6 ust. 1 u.o.k.i.k. i nie jest odwołującemu znana, jednakże z pewnością mieści się w uzgodnieniach dokonanych pomiędzy CSI a SPS, trudno bowiem przyjąć, aby SPS nie miał świadomości działań CSI.

Dane porozumienie jest antykonkurencyjne, jeżeli oddziałuje na konkurencję chociażby w jeden z następujących sposobów: (i) wyeliminowanie konkurencji, (ii) ograniczenie konkurencji, (iii) naruszenie konkurencji w inny sposób – poprzez wszelkie negatywne oddziaływania na konkurencję. Polski ustawodawca objął zakazem przewidzianym w art. 6 u.o.k.i.k. nie tylko porozumienia skutkujące ograniczeniem konkurencji, ale także takie, które mają antykonkurencyjny cel. Zarówno jedno, jak i drugie są zakazane. Przesądza o tym brzmienie art. 6 ust. 1 u.o.k.i.k., norma ta posługuje się spójnikiem "lub" co oznacza, że przesłanki antykonkurencyjnego "celu" oraz antykonkurencyjnego "skutku" mają charakter alternatywny. Oznacza to, że przedsiębiorcy także nieświadomie mogą naruszyć przepisy ustawy antymonopolowej, wskutek współpracy gospodarczej odbywającej się na podstawie danego porozumienia, co nie stanowi przesłanki legalizującej ich działania.

W ocenie odwołującego, porozumienie i działanie CSI i SPS miało na celu sztuczne zwiększanie swoich szans na uzyskanie zamówienia lub wyeliminowanie innych wykonawców (odwołującego) z postępowania, czyli skutkowało co najmniej ograniczeniem konkurencji. Na uwagę w tym kontekście zasługuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30.09.2019 r., sygn. akt: KIO 1830/19, w którym odniesiono się do kwestii zawarcia niedozwolonego porozumienia. Odwołujący dodał, że o ile wyrok był wydany nieco odmiennym stanie faktycznym, to jednoznacznie należy uznać, że zachowanie polegające na przygotowywaniu oferty w postępowaniu, przy znajomości parametrów cenowych, przygotowywanych przez innego wykonawcę, świadczy w sposób oczywisty o zachwianiu

konkurencji w postępowaniu. Nie bez przyczyny treść ofert ujawniana jest jednocześnie, a przed momentem ich otwarcia pozostają one utajnione. Celem takiego działania jest zapewnienie przez zamawiającego zachowania jednej z najważniejszych cech postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie dbałości o jego przeprowadzenie z zachowaniem ochrony konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów. Jednocześnie nawet gdyby uznać, że CSI i SPS nie miały intencji ograniczenia konkurencji i wyeliminowania odwołującego z postępowania (czemu jednak w świetle okoliczności faktycznych trudno dać wiarę), nie zwalnia ich to z odpowiedzialności za oczywiste naruszenie, a przynajmniej zagrożenie konkurencji na rynku kolejowym w ramach postępowania. Ponadto ograniczenie konkurencji musi wystąpić na rynku właściwym, który musi być uprzednio wyznaczony poprawnie i indywidualnie na użytek każdego postępowania antymonopolowego. W niniejszym przypadku jest to rynek sektora kolejowego, w ramach którego przeprowadzone zostało postępowanie.

Odwołujący podsumował, iż niewykluczenie konsorcjum SPS-CSI i zaniechanie odrzucenia jego oferty, a w szczególności zaniechanie badania wyżej wskazanych okoliczności i ich wystąpienia stanowi jasne naruszenie przepisów prawa oraz przeprowadzenie postępowania bez ochrony konkurencji w jego trakcie.

2. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz art. 16 p.z.p.

Jedną z przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty danego wykonawcy jest złożenie jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższy obowiązek ma być gwarantem stworzenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkurowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz zobligowania wykonawców do uczciwego konkurowania o wybór ich oferty. Odwołujący przywołał brzmienie art. 3 i art. 11 ust. 1 - 4 u.z.n.k. i podniósł, że przekazywane CSI informacje bez wątpienia stanowiły tajemnice przedsiębiorstwa odwołującego - są to informacje posiadające wartość gospodarczą, co powinno być oczywiście wiadome dla każdego przedsiębiorcy, ale o czym świadczy również chociażby fakt, że były niezbędne do udziału w postępowaniu i przygotowaniu oferty, bowiem CSI takimi informacjami nie dysponowało i zgodnie ze swoim własnym oświadczeniem samodzielnie, bez udziału odwołującego nie mieli faktycznej możliwości udziału w postępowaniu. Dodatkowo, są to informacje pozwalające na prowadzenie przedsiębiorstwa na warunkach konkurencyjnych, wypracowane przez wiele lat funkcjonowania obu spółek. Jest to wypracowana, unikatowa i strzeżona przed dostępem osób zewnętrznych wiedza, która zgodnie z wolą odwołującego jest wykorzystywana wyłącznie na jego potrzeby. Wiedza ta jest chroniona zarówno poprzez

zawieranie umów o poufności, jak również ograniczony krąg osób, które mają do niej dostęp. Fakt ten był CSI znany. CSI uprawnione było do wykorzystywania Informacji wyłącznie w celu wspólnego z przygotowaniem oferty. Naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego polegało na ujawnieniu pozyskanych Informacji SPS oraz wykorzystaniu ich dla przygotowaniu przez SPS i CSI oferty własnej, konkurencyjnej względem odwołującego.

Dalej odwołujący przywołał art. 15 u.z.n.k. i wskazał, że wskutek nagłej rezygnacji CSI ze współpracy z odwołującym na zaledwie pięć dni (w tym dwa dni robocze) przed datą złożenia oferty w postępowaniu, odwołujący musiał zmierzyć się z realnym zagrożeniem możliwości złożenia własnej oferty i faktycznym brakiem możliwości wynegocjowania najkorzystniejszych warunków współpracy z podmiotem, który zastąpił kompetencyjnie CSI, co w konsekwencji spowodowało złożenie oferty na potencjalnie gorszych warunkach cenowych, niż byłoby możliwe gdyby CSI postąpiło względem odwołującego w sposób uczciwy, składając wspólną ofertę lub wycofując się ze wspólnego udziału w postępowaniu z odpowiednim wyprzedzeniem.

Niezależnie od powyższego, w ocenie odwołującego zachowaniem wysoce nagannym jest prowadzenie przez CSI rozmów i negocjacji bez zamiaru wspólnego złożenia oferty w postępowaniu, a także jednoczesne przygotowywanie oferty z innym podmiotem. Odwołujący wskazał, że CSI złożyło ofertę z jawnym złamaniem obowiązku zachowania uczciwości w prowadzeniu negocjacji, zarówno co do intencji jak i poufności otrzymywanych z ich toku danych – art. 72 § 2 k.c. i art. 72¹ § 1 k.c. Działania CSI sprzeczne z tymi regulacjami mieszczą się z dyspozycji art. 3 u.z.n.k., jako działanie sprzeczne z prawem, a także sprzeczne z dobrymi obyczajami, czyli w konsekwencji stanowią czyn nieuczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego zachowanie CSI polegało na: (i) prowadzeniu negocjacji w złej wierze - co najmniej równoległe z innym podmiotem (SPS), (ii) prowadzeniu negocjacji pozornych, niezmiernych do spełnienia umówionego celu - złożenia wspólnej oferty i realizacji zadania publicznego, (iii) prowadzeniu negocjacji wyłącznie dla celu uniemożliwienia złożenia oferty odwołującego w postępowaniu, a przynajmniej oferty na warunkach konkurencyjnych (iv) nakierowane było na nieuprawnione pozyskanie, ujawnienie i wykorzystanie Informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, w sposób jednoznaczny prowadzi to do uznania, że CSI dopuściło się deliktu nieuczciwej konkurencji poprzez naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz działanie mające na celu utrudnienie dostępu do rynku sektora kolejowego odwołującego. Zatem zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę SPS i CSI.

W konsekwencji powyższych naruszeń zamawiający dokonał wyboru oferty w warunkach ograniczenia konkurencji. Jedną z podstawowych zasad polskiego porządku prawnego w zakresie przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego

jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny. Stąd podkreśla się jednoznacznie w doktrynie prawa zamówień publicznych, zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów, a zdecydowana większość przewidzianych w p.z.p. zasad ma jedynie charakter pomocniczy w celu zagwarantowania jej przestrzegania.

Zaniechanie przez zamawiającego podjęcia czynności przeprowadzenia badania oferty konsorcjum SPS-CSI w świetle okoliczności przedstawionych przez odwołującego stanowi naruszenie podstawowej zasady prawa zamówień publicznych, a wybór oferty obarczonej okolicznościami nakazującymi jej odrzucenie i wykluczenie stoi w rażącej sprzeczności z polskim porządkiem prawnym. Jednocześnie według odwołującego niedopuszczalne jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy całkowitym zignorowaniu istotnych informacji, mających istotny wpływ dla prawidłowego przeprowadzenia i rozstrzygnięcia postępowania oraz zupełnie dowolne jego przeprowadzenie bez uwzględnienia i zbadania wszystkich przesłanek obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia oferty. Działanie zamawiającego polegające na wyborze oferty konsorcjum SPS-CSI nie zasługuje na ochronę przewidzianą przepisami prawa jako naruszające uprawnienie do swobodnego przeprowadzenia postępowania w oparciu o określone przez zamawiającego kryteria. Zamawiający nie dokonał prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty, bowiem oferta konsorcjum SPS-CSI w ogóle nie powinna być brana pod uwagę przy jego dokonywaniu.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym, a także o zasądzenie na jego rzecz kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu i opłaty skarbowej od złożonego pełnomocnictwa.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k. ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon i CSI Invest Sp. z o. o. ul. Berberysowa 11, 86-005 Białe Błota, które zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego, dalej zwane „przystępującym”. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej, gdzie mając na uwadze przedstawione uzasadnienie, wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranych

w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wykluczenia przystępującego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p., kiedy na podstawie wiarygodnych przesłanek zamawiający powinien stwierdzić, że wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum przystępujące do postępowania odwoławczego zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, a tym samym naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania (zarzut nr 1 i 2 z *petitum* odwołania), a także naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 3, art. 11 i art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) dalej zwanej „z.n.k.”, i w zw. z art. 72 § 2 i art. 72¹ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 ze zm.) dalej zwanej „k.c.”, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert przystępującego, pomimo że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz z naruszeniem innych przepisów prawa (zarzut nr 3 z *petitum* odwołania).

Na wstępie warto zauważyć, że art. 516 ust. 1 pkt 10 p.z.p., zgodnie z którym odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności, zbliżony do art. 187 § 1 pkt 2 k.p.c. (pozew zawiera wskazanie faktów, na których powód opiera swoje

żądanie (...)), określa zakres postępowania przed Izbą. Odwołujący co prawda uczynił formalnie zadość wymogowi tego przepisu, wskazując zarówno okoliczności, jak i dowody mające je poprzeć, lecz wniesione odwołanie stanowi interesujące studium przypadku nad zachowaniem wskazanej regulacji, albowiem o ile wskazuje na fakty, które mogłyby być istotne dla rozstrzygnięcia, o tyle roztrząsa kwestie dla zasadności zarzutów zupełnie irrelevantne. Odwołujący – intencjonalnie lub nie, formułuje swoje zarzuty w sposób dalece chaotyczny, niepowiązany, niechronologiczny, nie mający osadzenia przyczynowo-skutkowego, mieszając zarzuty prawne i faktyczne, przypuszczenia z faktami i elementy dotyczące innych roszczeń z podstawą odwołania. Tezy te, na wysokim poziomie ogólności, nie zawierające precyzyjnych wskazań co, kiedy, przez kogo i jak zostało zrobione, znacząco utrudniają jakąkolwiek weryfikację materiału dowodowego w tym przedmiocie.

I tak, odwołujący z jednej strony twierdzi, że strony zawarły ustną umowę regulującą ich prawa i obowiązki (*„Strony zawarły w związku z tym umowę ustną, która wobec braku podstawy prawnej, nakładającej obowiązek zawarcia jej w formie pisemnej, ani pod rygorem nieważności, ani dla celów dowodowych, jest umową zawartą skutecznie i wywołuje wszelkie skutki w niej przewidziane”*), ale jednocześnie, że kontrahent (wykonawca CSI Invest Sp. z o. o. w Białych Błotach, dalej także jako „CSI”) prowadził negocjacje w złej wierze, przez co odwołujący poniósł szkodę – a więc, że do zawarcia kontraktu nie doszło (*„również prowadziło negocjacje w złej wierze, ujawniło tajemnicę negocjacji oraz działało w zмовie z SPS celem uniemożliwienia pozyskania zamówienia publicznego przez odwołującego i wyeliminowania go z rynku sektora kolejowego, w zakresie związanym z postępowaniem ograniczając tym samym konkurencję”*). Równolegle, odwołujący zdaje się twierdzić, że wykonawca CSI prowadził z nim czynności zmierzające do realizacji umowy (przyszłej? zawartej?) i jednocześnie realizował niedozwolone porozumienie z innym podmiotem na niesprecyzowanych warunkach, o niesprecyzowanym celu. Odwołujący wskazał jedynie, odnośnie do tego „zakazanego porozumienia”, iż miało ono utrudnić konkurencję, ale nie wskazał ani kiedy miało zostać zawarte, ani jak, ani jakie miało mieć warunki, ani w istocie do czego doprowadzić (poza rezultatem pokrzywdzenia odwołującego na jeden z kilku spekulowanych w odwołaniu sposobów).

Powyższe sprzeczności wydaje się wyjaśniać fakt, iż z jednej strony odwołujący pragnie wykazać, że strony wiązała jakiś obowiązek zachowania poufności, ale z drugiej, że to Izba, a nie Sąd powszechny (na zasadzie odpowiedzialności kontraktowej lub pochodzącej z art. 72 k.c. *culpa in contrahendo*) winna sprawę rozpoznać, albowiem w sprawie doszło do czynu nieuczciwej konkurencji, a nie złamania kontraktu (czy zasad negocjacji w dobrej wierze). Niemniej, odwołujący nie udowodnił wypełnienia hipotezy art. 72 § 2 lub art. 72¹ § 1 k.c.

W istocie, twierdzenia odwołania w tym zakresie wydają się zmierzać do zarzucenia możliwie najszerszej „sieci” niesprecyzowanych okoliczności faktycznych z uwagi na to, że odwołujący nie był w stanie nie tylko udowodnić warunków owego zakazanego porozumienia, ale nawet tego, że jakiegokolwiek porozumienie zostało zawarte. Odwołujący w istocie przyznał tą okoliczność wskazując, że *„fakt wypracowania wspólnej oferty cenowej przez CSI z innym partnerem sugeruje nie tylko jednoczesne działanie przez CSI we współpracy z odwołującym i SPS, ale również wykorzystanie danych i informacji zgromadzonych w toku przygotowania oferty przez odwołującego, we współpracy z SPS”* – przyznając, iż ma świadomość, że formułuje wniosek na podstawie domniemania faktycznego. Pomijając brak odpowiednika art. 231 k.p.c. w p.z.p., stwierdzić należy, że domniemania faktyczne jako metoda dowodzenia co do zasady muszą istnieć w każdej procedurze – nie zawsze bowiem istnieje możliwość udowodnienia wprost występowania pewnego faktu (zwłaszcza, gdy jest to okoliczność negatywna, np. brak czegoś). W sytuacji odwołującego twierdzi on, że zostało zawarte jakieś porozumienie wśród konsorcjantów składających konkurencyjną do niego ofertę. Później niestety odwołujący konstruuje cały tok wyводу opisujący jego stosunki z jednym z konsorcjantów (wykonawcą CSI) – przechodząc niejako do porządku dziennego ze swoją tezą, iż konsorcjanci zawarli jakieś sekretne porozumienie, które doprowadziło w niesprecyzowany sposób do tego, że odwołujący zaoferował wyższą cenę w postępowaniu i przetarg przegrał.

Należy zatem zastanowić się co w istocie odwołujący musiałby wykazać – abstrahując niejako od wywodów w przedmiocie tego, co istotne dla sprawy nie jest. Odwołujący zatem musiałby wykazać – choćby za pośrednictwem domniemań faktycznych, iż doszło do zawarcia porozumienia naruszającego konkurencję, które miało jakiś określony cel, zostało zawarte pomiędzy określonymi podmiotami i na warunkach, które powodowały, że konkurencja została naruszona. Odwołujący formułował co prawda spekulacje co do tego, ale po pierwsze – nie próbował ich udowadniać (w to miejsce oferując dowody z zakresu roszczeń podlegających kognicji Sądów powszechnych), a po drugie – nie sformułował nawet spójnej wizji na czym owo porozumienie miałoby polegać. Odwołujący wskazał co prawda między kim porozumienie miało zostać zawarte, wskazał, że sądzi, iż zostało ono zawarte, gdy jeszcze negocjował ze swoim potencjalnym partnerem i wskazał, co owo porozumienie miało na celu (eliminację odwołującego z postępowania poprzez jak się wydaje z jednej strony uzyskanie od niego informacji „poufnych” a z drugiej poprzez „zwodzenie go” na tyle długo aby uniemożliwić mu złożenie oferty), ale ta hipotetyczna konstrukcja rozpada się już na etapie jej formułowania w świetle faktu, iż na każde spekulacje odwołującego istnieje wyjaśnienie znacznie bardziej prawdopodobne, niż zawarcie porozumienia naruszającego konkurencję. Odwołujący jak się wydaje nie przedsięwziął żadnych działań, aby ograniczyć ryzyko ewentualnego zerwania współpracy z partnerem, z którym prowadził

negocjacje – a zatem skuteczność owego porozumienia musiałaby siłą rzeczy polegać na zaniechaniach odwołującego. Gdyby bowiem odwołujący jednak przedsięwziął działania na wypadek zerwania negocjacji, to owo porozumienie nie odniosłoby skutku.

Izba podziela w całości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2021 r. sygn. akt: I NSKP 4/21, iż „Dopuszczalne jest zatem stosowanie domniemań faktycznych również w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów. Oznacza to, że w przypadku braku dowodów bezpośrednich, fakt zawarcia zakazanego porozumienia można uznać za udowodniony, jeżeli analizowanego postępowania przedsiębiorców nie da się racjonalnie wyjaśnić inaczej niż przez uzgodnienie ich zachowań na rynku. Przy tym, istnienie porozumienia należy oceniać na podstawie całokształtu okoliczności sprawy, przesłanek i rezultatów, których łączne wystąpienie wskazuje na zawarcie niedozwolonego porozumienia (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z 09.08.2006 r., III SK 6/06; z 14.01.2009 r., III SK 26/08). Także w orzecznictwie unijnym prezentowane jest stanowisko, że istnienie antykonkurencyjnego porozumienia może zostać wywiedzione ze zbiegów okoliczności i śladów, które dopiero łącznie mogą, w braku innego wiarygodnego wytłumaczenia, stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. W większości przypadków istnienie praktyki lub porozumienia antykonkurencyjnego musi być wywnioskowane ze zbiegu szeregu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia, rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji (zob. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 21 września 2006 r. w sprawie C-113/04 Technische Unie BV v. Komisja, Dz. Urz. C 294). (...) Dowód na istnienie niedozwolonej zмовы przetargowej może być zatem obalony, jeżeli przedsiębiorca jest w stanie wyjaśnić na podstawie racjonalnych przesłanek, że jego działanie było adekwatne do istniejących warunków rynkowych i da się wytłumaczyć w inny sposób aniżeli przez przyjęcie istnienia zмовы”. Zatem, gdyby nawet przyjąć – *arguendo*, że odwołujący sformułował dostatecznie sprecyzowane domniemanie faktyczne, że doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia, to domniemanie to zostało bez trudu obalone przez przystępującego.

Izba uznała za logiczną i wiarygodną, a także znajdującą potwierdzenie w złożonym materiale dowodowym argumentację przystępującego, zwartą na str. 17 - 20 jego stanowiska procesowego, z której wynika, że powodem decyzji o braku kontynuacji współpracy były okoliczności wskazane w piśmie doręczonym odwołującemu dnia 30 marca 2022 r., w tym brak zgody zgromadzenia wspólników, której wobec wartości zobowiązania, potrzebował zarząd do zaciągnięcia zobowiązania (tak wypis z aktu notarialnego, repertorium A numer 15296/2019, zawierający umowę spółki dla CSI Invest Sp. z o.o. (§ 16 ust. 1 pkt 9, zgodnie z którym Zgromadzenie Wspólników podejmuje uchwały m.in. w sprawie udzielenia zgody zarządowi na zaciąganie zobowiązań lub dysponowanie prawem o wartości przewyższającej 500.000,00 zł (pięćset tysięcy złotych) i § 16 ust. 2 z zastrzeżeniem, że pojęcie uchwały

w ww. sprawie wymaga uzyskania większości 3/4 kapitału zakładowego), uchwała nr 2/03/2022 z dnia 28 marca 2022 r. Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki CSI Invest Sp. z o.o.) oraz uznanie, że ryzyko złożenia wspólnej oferty w ocenie CSI jest nieakceptowalne (istotne opóźnienia w realizacji kontraktu dla PKP przez Transtrain, zasady rozliczeń, które mogły skutkować zaniżeniem kosztów – zmiana współczynnika materiałów dodatkowych z 1,25 na 1,05, co wskazano w harmonogramach podziału prac).

Skład orzekający podziela także stanowisko przystępującego, że nie doszło do skutecznego zawarcia umowy z wykonawcą CSI, a stwierdzenie odwołującego, że „Jedynym elementem niezgodnym jednoznacznie była wysokość kar umownych przewidzianych za naruszenie obowiązków umownych, którą zaproponować miało, zgodnie z ustaleniami stron, CSI (...)” (tak str. 5 odwołania) nie zostało udowodnione. Odwołujący twierdził, że została zawarta umowa ustna, ale nie wskazał nawet przez kogo miałyby być zawarta, kiedy i na jakich dokładnie warunkach – kto uprawniony do reprezentacji CSI mógłby w sposób bezpośredni lub dorozumiany taki kontrakt zawrzeć. W szczególności złożona korespondencja elektroniczna nie potwierdza tej okoliczności. Bezspornym jest, że strony prowadziły negocjacje w zakresie wspólnego złożenia oferty w przetargu, jednakże dowody odwołującego (w tym także e-mail z 07.03.2022 r. od pracownika odwołującego pani A. G.) nie potwierdzają, że strony dokonały wiążących i ostatecznych ustaleń co do wszystkich warunków umowy, oprócz wysokości kar umownych.

Bezpodstawnym jest także twierdzenie jakoby wykonawca CSI nie posiadał zasobów ani finansowych, ani zaplecza technicznego i organizacyjnego, umożliwiającego realizację zamówienia publicznego objętego postępowaniem, nic takiego nie wynika zresztą z dowodów powołanych przez odwołującego. Od początku negocjacji wykonawca CSI informował, że chce aktywnie i w szerokim zakresie uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności chce wykonać ok. 50% zakresu robót związanych bezpośrednio z wykonywaną naprawą (tak oświadczenia złożone przez przystępującego, korespondencja elektroniczna, harmonogramy z podziałem prac).

Dalej, nie sposób się zgodzić z odwołującym, że złożone w przetargu oferty są zbieżne, w szczególności, że jedyną analogicznością miałyby być tożsamość cenowa. Odwołujący podnosił, że różnica pomiędzy jego ceną, a ceną odwołującego to niewiele ponad 350 000,00 zł (2,41% wartości całej ceny oferty). Taka różnica nie jest niczym niespotykanym na rynku zamówień publicznych, przeciwnie – zgodnie z doświadczeniem życiowym jest zjawiskiem zwyczajnym i świadczy o standardowej rywalizacji rynkowej, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Ponadto, co warte zaznaczenia nowy partner wykonawcy CSI – Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. w Lisim Ogonie posiada znaczny potencjał podmiotowy, który pozwala mu na oferowanie konkurencyjnej ceny i wygrywanie przetargów (*vide* zestawienie ze str. 42 - 44 stanowiska przystępującego).

Izba podziela w całości również stanowisko przystępującego ze str. 28 - 32 jego pisma procesowego i przyjmuje za własne. W tym zakresie wypada tylko dodać, że budzi poważne wątpliwości twierdzenie odwołującego, jakby znalazł się w „patowej sytuacji” a wykonawca CSI utrudniał mu dostęp do zamówienia. Zarówno odwołujący, jak i wykonawca CSI znaleźli nowych współkonsorcjantów i złożyli oferty w przetargu, rzekome trudności w pozyskaniu nowego partnera nie są wiarygodne, w tym nie udowodniono, aby odwołujący był w stanie np. mając dłuższy czas na negocjacje złożyć ofertę z niższą ceną. Odwołującego obciąża ciężar wykazania podnoszonych okoliczności, a nie snucia niepotwierdzonych dywagacji i założeń, opartych zresztą o wiedzę uzyskaną po otwarciu ofert. Przy tym odwołujący, zgodnie z zestawieniem postępowań zawartym na str. 44 - 45 stanowiska procesowego przystępującego, mając na uwadze dane historyczne, nie uzyskuje zamówień ze względu na oferowanie zbyt wysokich cen.

Skład orzekający wskazuje dalej, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2021 r. sygn. akt: V CSKP 7/21 „Celem zakazu nieuczciwej konkurencji sformułowanego w klauzuli generalnej (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.) jest natomiast eliminacja wszelkich zachowań sprzecznych z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażających interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź naruszających go. Powód odwołujący się do klauzuli generalnej musi wykazać, jaki dobry obyczaj został naruszony oraz, że nieprzestrzeganie tego obyczaju zagroziło lub naruszyło jego interes, a zastosowanie klauzuli generalnej wymaga spełnienia wszystkich przesłanek wymienionych w art. 3 ust. 1 u.z.n.k.”. Norma ta oddziela zatem zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurencji, od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami, a więc wytycza granice swobody prowadzenia działalności gospodarczej i konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami. Zgodnie zaś z art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zatem celem stosowania czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu dostępu do rynku może być eliminacja z rynku innych wykonawców lub też stwarzanie im przeszkód w dostępie do zamówienia publicznego, przykładowo skutek zachowań przedsiębiorców będących w zмовie inni wykonawcy konkurujący uczciwie w postępowaniu, nie zostają dopuszczeni do dalszych jego etapów.

W ocenie Izby żadna z powyższych norm nie została naruszona w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał, aby zarzucane przez niego niedozwolone porozumienie antykonkurencyjne zostało zawarte, a nawet, aby mogło zostać zawarte – bezspornym było, że odwołujący i wykonawca CSI nie osiągnęli porozumienia w zakresie złożenia wspólnej oferty. Strony nie zawarły żadnego zobowiązania, które mogłoby wywołać u odwołującego

uzasadnione przekonanie, że wykonawca CSI negocjuje wyłącznie z nim, ani też nie zawarły żadnych innych umów mających znaczenie dla sprawy. Odwołujący nie twierdził, ani nie wywodził, żeby pozycja rynkowa CSI umożliwiały narzucenie temu podmiotowi ograniczających konkurencję warunków, ani też żadnych konkretnych działań wpływających na jego własne możliwości. W istocie, cała konstrukcja wywodzenia, że wykonawca CSI podejmował podstępne działania wobec odwołującego funkcjonuje wyłącznie wówczas, gdy to odwołujący pozostaje bierny – na granicy niedbalstwa, w zakresie obrony własnych interesów. Odwołujący nie wykazał, aby zobligowany został do nie szukania alternatywnych partnerów biznesowych czy zmuszony do polegania wyłącznie na pozycji wykonawcy CSI, bez udziału którego nie byłby w stanie złożyć oferty. Czemu przeczy też fakt złożenia przez odwołującego oferty, która nie została przez zamawiającego odrzucona.

W istocie zatem, zarzuty co do nielojalnego prowadzenia negocjacji, uniemożliwiania złożenia oferty przez odwołującego i pozyskiwania/ujawniania/wykorzystywania tajemnicy przedsiębiorstwa czy informacji poufnych (o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia), koncentrują się na pominięciu faktu, że żadne okoliczności prawne ani faktyczne nie uniemożliwiały odwołującemu podjęcia starannego działania, aby zabezpieczyć się na wypadek braku zawarcia umowy z wykonawcą CSI. Nie sposób zatem dopatrzeć się czynu nieuczciwej konkurencji w bierności CSI, który ostatecznie tej umowy nie zawarł – nie wykazano bowiem, ani nawet nie uprawdopodobniono, aby odwołujący faktycznie nie mógł podjąć normalnych działań rynkowych dla zabezpieczenia możliwości złożenia swojej oferty. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do penalizowania standardowych negocjacji rynkowych i wprost prowadziłoby do wniosku, że w istocie złożenie bardziej korzystnej oferty, z uwagi na znalezienie lepszego partnera biznesowego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy dokładnie takie działanie stanowi istotę konkurencyjnej gospodarki – każdy przedsiębiorca może swobodnie dobierać sobie partnerów biznesowych, a rynek weryfikuje, które partnerstwa mogą oferować swoje produkty lub usługi taniej, lepiej lub na bardziej korzystnych dla rynku warunkach.

Odwołujący nie sprecyzował ani nie wykazał żadnego czynu nieuczciwej konkurencji. Nawet poszlaki, które przedstawiał, nie mogły ułożyć się w logiczny ciąg pozwalający na analizę zaistnienia takiego czynu w oparciu o domniemanie faktyczne. Wszelkie okoliczności przywoływane przez odwołującego pomijały bowiem jego własną bierność i brak dbałości o własne interesy. Tymczasem dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest, aby ta konkurencja została ograniczona przez coś, co pozostaje poza wpływem podmiotów na rynku i czego te podmioty nawet gdyby chciały nie mogłyby uniknąć (np. wymuszanie zasad przez dominujące na rynku podmioty, bez udziału których w ogóle nie da się sprzedawać towarów lub świadczyć usług). Odwołujący tymczasem swoje tezy oparł na tym, że gdyby zawarł umowę z potencjalnym kontrahentem – wykonawcą CSI, to być może

złożyłby lepszą ofertę. CSI jednak odmówiło zawarcia umowy, ponieważ nie przystało na jej warunki. W szczególności odwołujący nie wykazał, aby w ogóle umowa z CSI była niezbędnym elementem dostępu do rynku i skutecznie przystąpił do postępowania składając ofertę, która została przez zamawiającego uznana za prawidłową, niepodlegającą odrzuceniu. Odwołujący nie wykazał także, aby działanie wykonawcy CSI było intencjonalnie ukierunkowane na eliminację odwołującego – dla przyjęcia tej tezy bowiem konieczne byłoby przyjęcie nielogicznego założenia, że CSI zawarło jakieś tajne porozumienie z innym podmiotem, które dla swojej skuteczności wymagało zaniechania przez odwołującego dbania o swoje interesy – w przeciwnym bowiem razie nie byłoby skuteczne. Takie założenie nie opiera się krytyce przez pryzmat zasad doświadczenia życiowego. Odwołujący nie był w stanie wskazać, a co dopiero udowodnić jakiegokolwiek działania CSI, które skutecznie utrudniłoby dostęp do rynku innym podmiotom i odwołującemu.

W konsekwencji powyższego, omawiane zarzuty naruszenia w postępowaniu art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p., art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p. oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 3 i art. 15 z.n.k., a także art. 72 § 2 k.c., zostały przez Izbę oddalone.

Odwołujący podnosił także, że doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 11 z.n.k. Izba wskazuje, że po pierwsze, aby z powodzeniem podnosić zarzut nielegalnego ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, obarczony ciężarem dowodu odwołujący najpierw musiałby wykazać, że rzekomo nielegalnie ujawnione dane zostały przez niego skutecznie zastrzeżone jako tajemnica ustawowo chroniona. Natomiast kolejnym krokiem powinno być udowodnienie, że doszło do sprzecznego z prawem rozporządzenia jego poufnymi danymi, zgodnie z przesłankami podniesionych w odwołaniu norm z.n.k., których naruszenie zarzucono wykonawcy CSI.

W rozpoznawanym sporze odwołujący nie udźwignął ani ciężaru wykazania, że informacje, które przekazywał wykonawcy CSI wypełniają przesłanki objęcia ich ochroną jako informacje stanowiące tajemnicę gospodarczą, ani nie podjął próby udowodnienia, że takie informacje zostały nielegalnie udostępniane/wykorzystywane/pozyskiwane przez CSI. Odwołujący nie był w stanie wskazać, a co dopiero udowodnić jakiegokolwiek skonkretyzowanego przypadku wykorzystania udostępnionych wykonawcy CSI informacji ani ich zastrzeżonego charakteru.

Odwołujący nie był nawet w stanie sprecyzować jakie to konkretnie informacje miałyby wpisywać się w hipotezę art. 11 ust. 2 z.n.k. lub art. 72¹ § 1 k.c. Strona ograniczyła się jedynie do wskazania, co potencjalnie taką tajemnicę mogłoby stanowić. W odwołaniu wskazano „W ramach pracy nad ofertą Spółki ujawniły m.in. następujące informacje: bazę kontrahentów i dostawców, warunki cenowe uzgodnione przez Spółki z kontrahentami i dostawcami dla celów realizacji kontraktów, sposób kalkulacji ceny, wysokość marży, wycenę usług świadczonych przez Spółki, *know-how* z zakresu zarządzania kontraktami

i realizacji kontraktów z sektora kolejowego, możliwości i zaplecze techniczne, technologiczne i organizacyjne, a także potencjał finansowy (dalej łącznie jako informacje).” *vide* str. 6 odwołania. Zatem odwołujący wyliczył wszystkie informacje, które w jakikolwiek sposób mogłyby chociaż luźno wpisywać się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wskazania konkretnych informacji, które faktycznie mogłyby ją stanowić. Odwołanie jest w tym zakresie merytorycznie puste, obowiązek wskazania jednoznacznych, ustalonych danych (np. nazwa kontrahenta z bazy, wielkość marży, dany składnik zaplecza technicznego, itd.) zastąpiono ogólną wyliczanką, bez możliwości weryfikacji jakie to szczegółowe, jednoznacznie sprecyzowane dane o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa zostały ujawnione, a nawet której ze spółek dotyczą.

Odwołujący przyjmując taki sposób prezentacji okoliczności faktycznych sam pozbawił się możliwości dokonania weryfikacji jego stanowiska przez Izbę, a tym bardziej jego podzielenia. Rozpatrywanie czy dana informacja spełnia przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa powinno rozpocząć się od precyzyjnego wskazania tej informacji przez odwołującego, tak aby możliwe było zbadanie czy rzeczywiście ustalona, skonkretyzowana informacja spełnia przesłanki materialne zawarte w art. 11 ust. 2 z.n.k., gdzie zawarto definicję legalną tajemnicy gospodarczej, co wymaga łącznego spełnienia przesłanek odnoszących się do określonego charakteru informacji (tj. charakteru technicznego, technologicznego, organizacyjnego przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą) i ujęcia ich jako całości, lub w szczególnym zbiorze, gdzie nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a także wykazania spełnienia przesłanki formalnej, czyli podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi, działań w celu utrzymania ich w poufności. Jeżeli odwołujący zamiast weryfikowalnej informacji wskazuje na pulę danych (niedookreślony zbiór), to nie jest możliwe udowodnienie, że dana informacja ma charakter tajemnicy ustawowo chronionej, skoro nie została ona nawet w żaden sposób skonkretyzowana. Nic w tym zakresie nie wnoszą dołączone do odwołania harmonogramy, na podstawie zacytowanych dokumentów nie jest możliwe dokonanie jakichkolwiek ustaleń faktycznych, ponadto na dokumentach tych nie ma żadnej wzmianki, że dane tam zawarte stanowią informacje zastrzeżone jako poufne.

W szczególności, że skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa doczekało się niezwykle bogatego dorobku orzeczniczego i jednolitej linii, która z powodu nadmiarowego i bezpodstawnego uznawania przez wykonawców za tajemnicę wszystkiego, co byłoby związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, dość restrykcyjnie traktuje wolę zachowania swoich danych w poufności. Odwołujący nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia o istnieniu takiej tajemnicy, w tym sformułowanego jedynie na podstawie własnej oceny. Tajemnica przedsiębiorstwa powinna być bowiem oceniana

w sposób obiektywny, czyli w oderwaniu od woli wykonawcy. Inaczej poufne pozostałoby wszystko to, co wykonawca arbitralnie uzna za zastrzeżone, kiedy informacje związane z działalnością przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią kategorię danych, mających z jego perspektywy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla jego pozycji rynkowej. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie – jak trafnie wskazał Naczelny Sąd Administracyjny tajemnica gospodarcza, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby – z istoty rzeczy – nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu (tak wyroki NSA z 13.04.2016 r. sygn. akt I OSK 2563/14 i z 14.09.2017 r. sygn. akt I OSK 2740/15). Zatem odwołujący nie może ograniczyć się do stwierdzenia, że jakieś jego dane, które zawarto w katalogu danych związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej, stanowią jego tajemnicę gospodarczą. Obciążony ciężarem dowodu wykonawca powinien bowiem udowodnić, że informacje, co do których jest przekonany o ich zastrzeżonym charakterze, obiektywnie taki charakter posiadają.

Natomiast w odwołaniu, oprócz ogólnych zapewnień, że zbiór informacji, którymi strony wymieniały się w toku negocjacji, wpisuje się w art. 11 ust. 2 z.n.k., nie ma żadnych konkretów. Stanowisko odwołującego ze str. 13 - 14 odwołania mogłoby odnosić się do jakiegokolwiek informacji, ma ono charakter zwykłej sztamkowej deklaracji – lakonicznego zapewnienia, które mogłoby odnieść się do każdej informacji związanej z przygotowaniem oferty, ponieważ nie można go przyporządkować do jakichkolwiek, skonkretyzowanych danych dotyczących *stricte* odwołującego. Kiedy wszystkie przesłanki omawianej normy należy udowodnić co do każdej, szczegółowej informacji, którą wykonawca chce uznać za swoją tajemnicę handlową.

W szczególności nie udowodniono merytorycznych podstaw uznania informacji, które strony wymieniły w toku negocjacji, za posiadające wymaganą wartość gospodarczą. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 53/21 „Wskazanie „wartości gospodarczej” może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. W tym zakresie Sąd podziela stanowisko Asseco, iż warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne. Mając na uwadze podstawowe założenie w tym zakresie, a mianowicie, że wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbiciem na każdą informację

poddawaną klauzuli poufności wraz z uzasadnieniem. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzać np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać ich wartości finansowej, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurencji pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. W konsekwencji przyjąć trzeba, że nie jest istotne, czy omawiana wartość gospodarcza jest wysoka, czy niska, ważne jest aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji.” Oszczędnym stanowiskiem, które nie uwzględnia słusznych wytycznych wskazanych w przywołanym orzeczeniu, odwołujący nie uzasadnił, a tym bardziej nie udowodnił niezbędnej wartości gospodarczej, która powinna dotyczyć każdej, skonkretyzowanej informacji ze spornego zbioru podanych danych.

Izba podziela także argumentację przystępującego zawartą na str. 10 - 13 stanowiska procesowego, z której wynika, że to wykonawca CSI udostępnił odwołującemu przedmiotowe informacje, a co więcej, to nie odwołujący, a wykonawca CSI posiada doświadczoną kadrę, wiedzę i umiejętności oraz doświadczenie w realizacji zamówień dotyczących przedmiotu przetargu, zaś odwołujący takiego doświadczenia nie posiada (tak też wyciąg ze sprawozdania zarządu z działalności grupy kapitałowej Compreum za 2021 r., list przewodni prezesa zarządu Compreum S.A. w Poznaniu, sprawozdanie finansowe i protokół zwyczajnego zgromadzenia wspólników Mag - Train Sp. z o.o. w Piasecznie (obecnie Transtrain Sp. z o.o. w Piasecznie)).

Odwołujący nie udowodnił także spełnienia przesłanki formalnej wymagającej podjęcia przez wykonawcę działań mających na celu utrzymanie spornych informacji w poufności. Co istotne, nie mogą to być jakiegokolwiek działania, a jedynie zachowanie kwalifikowane przez pryzmat działania przy zachowaniu należytej staranności w danych okolicznościach faktycznych. Z tego sformułowania wynikają także wytyczne, w jaki sposób dokonywać zobiektywizowanej oceny działania wykonawcy – profesjonalny wzorzec należytej staranności uwzględnia zwiększone, czyli surowsze wymagania, z uwagi na zawodowy charakter podmiotu, którego profesjonalna, prowadzona w sposób ciągły działalność, oparta jest na jego szczególnych umiejętnościach (art. 355 § 2 k.c.).

Natomiast odwołujący nie udowodnił, aby podejmował jakiegokolwiek działania zmierzające do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podnosił, że negocjacje, w toku których ujawniano poufne informacje, trwały wiele tygodni. Ze zdziwieniem należy zatem przyjąć, że odwołujący nie zdecydował się na zastrzeżenie poufności przekazywanych informacji – odwołujący nie przedłożył jakiegokolwiek dowodu wskazującego, że takie zastrzeżenie poczynił, a dodatkowo złożone przez niego harmonogramy i korespondencja elektroniczna nie zawierają żadnej wzmianki w tym przedmiocie, brak jest też jakiegokolwiek klauzuli poufności, co jest spójne z oświadczeniami pana S. K. i pana D. D. złożonymi przez przystępującego, które mają odzwierciedlenie także w przedstawionej przez przystępującego i odwołującego korespondencji wymienianej przez spółki.

Przedłożony przez odwołującego dokument pt. umowa konsorcjum, który miał zobowiązywać wykonawcę CSI do zachowania w poufności wskazanych w niej danych, stanowi niepodpisany projekt. Odwołujący nie tylko nie udowodnił, aby dochował należytej staranności wymaganej od profesjonalisty zgodnie z art. 11 ust. 2 z.n.k., ale żeby dochował jakiegokolwiek staranności udostępniając swojemu niedoszłemu współkonsorcjantowi rzekomo zastrzeżone dane przed podpisaniem umowy, która zobowiązywałaby go do traktowania ich jako danych poufnych (art. 72¹ § 1 k.c.). Eufemistycznie wskazując, z ustalonego stanu rzeczy wynika, że działanie odwołującego zdecydowanie nie może zostać uznane za wpisujące się w podjęcie działań spełniających wymagania podwyższonego miernika staranności wymaganego od przedsiębiorcy, który prowadzi swoją działalność zawodowo, co oznacza wyższy stopień staranności, niż przeciętny poziom przyjęty w obrocie gospodarczym.

Odwołujący podnosił również, że „wiedza ta jest chroniona zarówno przez zawieranie umów o poufności, jak również ograniczony krąg osób, które mają do niej dostęp.” (tak str. 14 odwołania). W odwołaniu więc wskazano, że wykonawca podejmuje działania mające chronić jego dane i istnieją na to dowody (umowy o poufności), których dysponentem i autorem jest odwołujący, który nie powinien mieć trudności w ich przedstawieniu – poza tym na takie trudności odwołujący nie wskazywał. Brak przedstawienia wskazanych w odwołaniu dowodów prowadzi do wniosku, że stanowisko to nie jest wiarygodne, a odwołujący nie udowodnił, żeby podejmował jakiegokolwiek działania chroniące rzekomo zastrzeżone dane.

Konkludując, stanowisko o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, który miał być związany z naruszeniem przez wykonawcę CSI art. 11 z.n.k pozostało nieudowodnione. Zamawiający w sposób prawidłowy nie dokonał odrzucenia oferty odwołującego na tej podstawie (art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p.). Nie wykazano nie tylko bezprawnego pozyskania, ujawnienia czy wykorzystania tajemnicy handlowej odwołującego, ale nie sprostano nawet pierwszemu niezbędnemu elementowi, czyli udowodnieniu, że zbiór niewystarczająco

skonkretyzowanych danych wskazanych w odwołaniu spełnia materialne i formalne przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa czy chociażby dane poufne wskazane w art. 72¹ § 1 k.c. Omawiany zarzut, oparty na ogólnych i nieweryfikowalnych zapewnieniach odwołującego, został przez Izbę oddalony. Odwołujący nie udowodnił, aby jego zachowaniu należało udzielić ochrony prawnej.

Skład orzekający oddalił również niepotwierdzone w ustalonym stanie rzeczy zarzuty nr 4, 5, 6 i 7 z *petitum* odwołania. Mając na uwadze oddalenie zarzutów nr 1, 2 i 3 Izba stwierdziła, że nie było powodów, aby zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające w trybie art. 128 p.z.p. w zakresie okoliczności wskazanych w odwołaniu, zaś argumentacja odwołującego o podstawach do wyeliminowania oferty przystępującego z przetargu okazała się nieuzasadniona, więc zamawiający, któremu odwołujący w tym zakresie przekazał swoje stanowisko w postępowaniu, nie zaniechał wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień. Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 p.z.p., ponieważ rozstrzygnięcie postępowanie jest prawidłowe i wybrano ofertę, która nie podlega odrzuceniu. Nie udowodniono także zarzucanego naruszenia art. 16 p.z.p. i art. 5 k.c., więc także te zarzuty podlegały oddaleniu.

Ponadto, Izba wskazuje, że oddaliła wniosek odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadka, pana R. W., ponieważ został on powołany dla zwłoki, okoliczności, które miałyby nim zostać wykazane zostały już wykazane innymi dowodami z dokumentów – tyle, że nie doprowadziły do korzystnych dla odwołującego wniosków.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone.

W konsekwencji powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania oraz koszty zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, zasądzone na podstawie złożonej faktury VAT w kwocie limitu wskazanego w § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia (3600,00 zł), koszty dojazdu – zgodnie ze złożoną fakturą VAT (1002,45 zł) oraz koszty opłaty od pełnomocnictwa, zgodnie z dowodem jej uiszczenia (17,00 zł).

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....