

**Sygn. akt: KIO 745/21**

**WYROK**  
**z dnia 7 maja 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r. przez odwołującego: CA Consulting Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Ateris Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Zarzuty naruszenia przepisów art. 8 ust. 1 – 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do wyjaśnień wykonawcy Ateris Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 26 stycznia 2021 r., wykazu osób ww. wykonawcy za wyjątkiem informacji dotyczących doświadczenia personelu z wyłączeniem informacji dotyczących podmiotów prywatnych, na rzecz których osoby wskazane w wykazie realizowały projekty, wykazu usług ww. wykonawcy wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie za wyjątkiem informacji dotyczących projektów realizowanych na rzecz podmiotów publicznych oraz pisma ww. wykonawcy z dnia 12 lutego 2021 r. zawierającego wyjaśnienia dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych oraz zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uznaje za nieuzasadnione.
2. W pozostałym zakresie postępowanie odwoławcze umarza.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz wykonawcy Ateris Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu kwotę 3 687,57 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset osiemdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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 2019 r. poz. 2019, 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:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup usługi w zakresie wsparcia specjalistycznego i doradztwa eksperckiego w realizacji zadań projektu Feniks związanych z budową ZSI. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 sierpnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 167-404433 . Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy Pzp.

I. W dniu 8 marca 2021 r. wykonawca CA Consulting Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechania odtajnienia i udostępnienia w całości złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: ATERIS S.A. i Soft Blue S.A. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy, Wykazu osób, Wykazu usług wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia i dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, zaniechania udostępnienia w całości pism Zamawiającego z dnia 28 stycznia 2021 roku i z dnia 10 lutego 2021 roku, zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: ATERIS S.A. i Soft Blue S.A. z postępowania oraz odrzucenia złożonej przez nich oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 8 ust. 1 - 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawców ATERIS S.A. i Soft Blue S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa: wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia, Wykazu osób, Wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz pisma zamawiającego z dnia 28 stycznia 2021 roku w sprawie udzielenia wyjaśnień w zakresie informacji zawartych w wykazie usług i wykazie osób i pisma zamawiającego z dnia 10 lutego

2021 roku wzywającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia, co miało wpływ na wynik postępowania;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień RNC, oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: ATERIS S.A. i Soft Blue S.A., pomimo że oferta ww. wykonawców zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy ATERIS S.A. i Soft Blue S.A. nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności oceny i badania ofert;
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. odtajnienie i udostępnienie w całości złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: ATERIS S.A. i Soft Blue S.A. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji, Wykazu osób, Wykazu usług wraz z uzasadnieniem ich zastrzeżenia i dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz pisma zamawiającego z dnia 28 stycznia 2021 roku w sprawie udzielenia wyjaśnień w zakresie informacji zawartych w wykazie usług i wykazie osób oraz pisma zamawiającego z dnia 10 lutego 2021 roku wzywającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych;
4. wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: ATERIS S.A. i Soft Blue S.A.;
5. odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: ATERIS S.A. i Soft Blue S.A.

Na rozprawie w dniu 4 maja 2021 r. odwołujący oświadczył, że sformułowanie żądania co do wykluczenia przystępującego z postępowania stanowiło z jego strony omyłkę.

II. Pismem wniesionym w dniu 25 marca 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, w treści którego złożył oświadczenie o częściowym uwzględnieniu zarzutów odwołania, tj. w zakresie zarzutów oznaczonych nr 1. W odniesieniu do zarzutu oznaczonego nr 2, podniesionego jako ewentualny, zamawiający wskazał, iż na tym etapie postępowania odrzucenie oferty przystępującego byłoby przedwczesne i pozbawione podstaw prawnych.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ateris Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu oraz Soft Blue Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako przystępujący).

Pismem wniesionym w dniu 29 marca 2021 r. przystępujący złożył oświadczenie o wniesieniu częściowego sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, tj. obejmującego:

1. wyjaśnienia przystępującego dotyczące rażąco niskiej ceny z dnia 26 stycznia 2021 roku.
2. wykaz osób (przy czym zastrzeżenie tajemnicy nie dotyczy: (i) doświadczenia personelu, bez ujawnienia danych personalnych oraz (ii) nazw podmiotów publicznych, na rzecz których osoby te realizowały projekty).
3. wykaz usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonania (przy czym zastrzeżenie tajemnicy nie dotyczy projektów realizowanych na rzecz podmiotów publicznych tj. Ministerstwo Cyfryzacji, Poczta Polska S.A., Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o.).
4. pismo przystępującego z dnia 12 lutego 2021 roku zawierającego wyjaśnienia dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych.

Na rozprawie w dniu 4 maja 2021 r. przystępujący oświadczył, że złożone przez niego oświadczenie o częściowym sprzeciwie wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania dotyczy także wskazanych w treści odwołania pism zamawiającego zawierających informacje, co do których przystępujący podtrzymuje stanowisko co do ich utajnienia.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r., do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”

W związku ze złożeniem przez zamawiającego oświadczenia o częściowym uwzględnieniu zarzutów odwołania oraz złożeniem przez przystępującego oświadczenia o częściowym

sprzeciwie postępowanie odwoławcze w zakresie, w którym przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania oznaczonych nr 1, podlegało umorzeniu na podstawie przepisu art. 522 ust. 4 ustawy Pzp z 2019 r. Zamawiający jest zatem obowiązany wykonać żądania zawarte w odwołaniu w zakresie odnoszącym się do informacji zastrzeżonych przez przystępującego, co do których przystępujący nie wniósł sprzeciwu.

W pozostałym zakresie, tj. w zakresie objętym sprzeciwem przystępującego, Izba uznała zarzuty odwołania za nieuzasadnione.

Stan faktyczny sprawy przedstawiony w treści odwołania nie był pomiędzy stronami sporny.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ww. przepis ma odpowiednie zastosowanie do informacji składanych na dalszym etapie postępowania. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonywującego i terminowego wykazania, iż zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreśla się, iż „wykazać” oznacza coś więcej niż tylko „wyjaśnić”. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Izby z dnia 17 grudnia 2019 r. KIO 2440/19 „Użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione.

Aby zatem określone informacje mogły zostać uznane za skutecznie zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca obowiązany jest nie tylko dokonać ich zastrzeżenia, ale również wykazać zamawiającemu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa poprzez przedstawienie zamawiającemu odpowiedniego uzasadnienia. Za wyjątkiem przypadków, kiedy określone informacje ze swej istoty lub na podstawie przepisu prawa nie mogą być uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, o dokonaniu skutecznego zastrzeżenia decyduje treść uzasadnienia przedstawiona przez wykonawcę. W konsekwencji wykonawca składający odwołanie na niezasadne uznanie

przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez innego wykonawcę musi sformułować zarzuty wobec treści przedstawionego przez tego wykonawcę uzasadnienia poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie odwołujący nie sformułował żadnych twierdzeń odnoszących się do treści uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionych przez przystępującego. W tej sytuacji podniesione w tym zakresie zarzuty odwołania (zarzuty naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 /powinno być art. 11 ust. 2/ ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oznaczone nr 1, objęte sprzeciwem przystępującego) musiały zostać uznane jako nieuzasadnione. Należy bowiem podkreślić, że Izba nie może zastępować odwołującego w przedstawieniu argumentacji na poparcie postawionych zarzutów odwołania, gdyż stanowiłoby to nierówne traktowanie stron postępowania odwoławczego. Powyższego nie zmienia okoliczność, że odwołującemu nie została dotychczas ujawniona treść uzasadnień tajemnicy przedsiębiorstwa dokonana przystępującego. Należy w tym miejscu podkreślić, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa to dokument, który nie podlega utajnieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i bezwzględnie powinien zostać udostępniony innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Niemniej jednak w niniejszej sprawie odwołujący nie podniósł zarzutów naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do innych dokumentów niż uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako zarzutów ewentualnych, a zatem Izba miała obowiązek je rozpoznać. Izba nie może za odwołującego decydować o charakterze zarzutu. W takiej sytuacji jak wystąpiła w niniejszej sprawie odwołujący powinien był w pierwszej kolejności wnieść odwołanie na zaniechanie udostępnienia mu uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a dopiero w drugiej kolejności, po uzyskaniu tych uzasadnień, mógł wnieść odwołanie w odniesieniu do pozostałych dokumentów. Powyższe wprowadzi skutkuje przedłużeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże jest to spowodowane zaniechaniem ze strony zamawiającego. Mając zatem na uwadze, że odwołujący w zasadzie nie przedstawił żadnego uzasadnienia odnośnie postawionych zarzutów naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała te zarzuty za nieuzasadnione. Jedyne uzasadnienie zostało przedstawione w odniesieniu do zawartych w wykazie osób informacji w zakresie wykształcenia, kwalifikacji i doświadczenia oraz podstawy dysponowania. Odwołujący wskazał, że informacje dotyczące wykształcenia, kwalifikacji oraz doświadczenia personelu nie stanowią własności przedsiębiorstwa, lecz własność tych osób i w konsekwencji tego nie mogą zostać zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa. W odniesieniu do podstawy

dysponowania odwołujący wskazał, że informacje w tym zakresie wykonawca miał obowiązek wskazać w treści wykazu osób. Skład orzekający Izby prezentuje odmienne stanowisko od odwołującego. Nie można automatycznie uznać, że tego rodzaju informacje nie mogą zostać zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż dla konkretnego wykonawcy mogą one stanowić informacje o istotnym znaczeniu gospodarczym. Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Kwalifikacja tego rodzaju informacji w konkretnej sprawie zależy od treści przedstawionego uzasadnienia. Ponadto, gdy chodzi o informacje o podstawie dysponowania, to udostępnienie innemu wykonawcy wyłącznie tych informacji nie ma dla niego żadnego znaczenia bez ujawnienia pozostałych informacji zawartych w wykazie osób. W odniesieniu do złożonych przez odwołującego dowodów w postaci wydruków profili na portalu LinkedIn pracowników Ateris S.A. należy wskazać, że nie odnosiły się one do żadnego z twierdzeń przedstawionych w odwołaniu. Wymaga w tym miejscu przypomnienia, że pod pojęciem zarzutu w postępowaniu odwoławczym rozumie się nie tyle wskazaną podstawę prawną, co zawarte w odwołaniu twierdzenia odnośnie okoliczności faktycznych.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp został podniesiony jako ewentualny, tj. na wypadek nieuwzględnienia zarzutu oznaczonego nr 1, co wynika z uzasadnienia odwołania jak i oświadczenia odwołującego złożonego na rozprawie. Mając na uwadze, że zarzuty naruszenia przepisów art. 8 ust. 1 – 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do wyjaśnień przystępującego dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 26 stycznia 2021 r. zostały uznane za nieuzasadnione, ww. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp podlegał rozpoznaniu. Izba również ten zarzut uznała za nieuzasadniony z podobnych powodów jak w przypadku wcześniej omówionych zarzuty. W treści odwołania nie zostały bowiem przedstawione twierdzenia odnoszące się do treści złożonych wyjaśnień. W treści uzasadnienia odwołania odwołujący ograniczył się do wskazania, że kluczową kwestią dla oceny wyjaśnień mają koszty osobowe. Treść wyjaśnień przystępującego zawiera informacje w zakresie kosztów osobowych, jednakże dokonywanie ich oceny przez



Izbę bez odniesienia się do konkretnych zarzutów odwołania, stanowiłoby wyjście poza kompetencje Izby i naruszenie zasady równości stron postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 ustawy Pzp z 2019 r.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 8 ust. 2 pkt 3 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....