

Sygn. akt: KIO 2916/22

WYROK
z dnia 18 listopada 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 14 listopada 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2022 roku przez odwołującego wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

- A) wykonawcy Stadler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2916/22 po stronie Odwołującego,
- B) wykonawcy H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2916/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz Zamawiającego POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600, 00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Zawarcie umowy ramowej na dostawę fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych do obsługi kolejowych przewozów pasażerskich”, nr postępowania PZP1.240.51.2022 (dalej: Postępowanie).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 maja 2022 roku, nr ogłoszenia: 2022/S 085-231191

W dniu 3 listopada 2022 roku wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: Odwołujący” lub „PESA”) wniósł odwołanie działając w oparciu o art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710; dalej „ustawa” lub „PZP”) wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu polegających na zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu pełnej oferty i dokumentów wykonawcy H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. (dalej jako: FPS) wraz z informacjami i dokumentami zastrzeżonymi przez FPS jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj.

- a) zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego,
 - b) części oferty FPS zawierającej informacje o danych dotyczących podmiotu trzeciego oraz zakresu i charakteru współpracy FPS z podmiotem trzecim,
 - c) formularza JEDZ podmiotu trzeciego,
 - d) informacji z KRS dotyczącej podmiotu trzeciego,
 - e) wykazu dostaw wraz z referencjami,
 - f) pozostałych oświadczeń lub dokumentów dla podmiotu trzeciego,
- i nieprawidłowym przyjęciu przez Zamawiającego, że ww. dokumenty i informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa FPS i zostały przezeń skutecznie zastrzeżone jako taka tajemnica w Postępowaniu i w związku z tym nie podlegają one udostępnieniu pozostałym wykonawcom, w tym Odwołującemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 74 ust. 2 PZP w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: UZNK) przez bezpodstawne przyjęcie, że FPS w sposób prawidłowy i skuteczny zastrzegł część swojej oferty i wskazane przezeń dokumenty

(zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego; część oferty FPS zawierającą informacje o danych dotyczących podmiotu trzeciego oraz zakresu i charakteru współpracy FPS z podmiotem trzecim; formularz JEDZ podmiotu trzeciego; informację z KRS dotyczącą podmiotu trzeciego; wykaz dostaw wraz z referencjami; pozostałe oświadczenia lub dokumenty dla podmiotu trzeciego) jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a informacje zawartych w ww. dokumentach oznaczone przez FPS jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowią w całości tajemnicę przedsiębiorstwa, oraz – w konsekwencji – zaniechanie odtajnienia oferty i ww. dokumentów FPS w całości i zaniechanie udostępnienia ich na wniosek Odwołującego, mimo że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez FPS ma charakter ogólny i nie potwierdza spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 UZNK, a informacje zawarte we wskazanych przez FPS dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, w szczególności nie posiadają one wartości gospodarczej lub odpowiednio - są one powszechnie znane lub są łatwo dostępne;

- 2) art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP, przez prowadzenie przez Zamawiającego Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości Postępowania, z uwagi na uniemożliwienie Odwołującemu dokonania weryfikacji poprawności i kompletności informacji zawartych w ofercie FPS w związku z błędną oceną, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa FPS i w związku z tym, że zastrzeżenie tych informacji przez FPS jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa było prawidłowe i zasadne, a w konsekwencji dokumenty zawierające zastrzeżone przez FPS informacje nie podlegają udostępnieniu Odwołującemu.

Odwołujący wniosk o:

1. nakazanie Zamawiającemu niezwłocznego odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów zastrzeżonych przez FPS jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, tj.:
 - a) zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego,
 - b) część oferty FPS zawierającej informacje o danych dotyczących podmiotu trzeciego oraz zakresu i charakteru współpracy FPS z podmiotem trzecim,
 - c) formularz JEDZ podmiotu trzeciego,
 - d) informacja z KRS dotyczącej podmiotu trzeciego,
 - e) wykaz dostaw wraz z referencjami,
 - f) pozostałe oświadczenia lub dokumenty dla podmiotu trzeciego złożone w Postępowaniu przez FPS.

2. przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania lub przedłożonych podczas rozprawy na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia;
3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący wskazał, że jest producentem pojazdów szynowych, w tym elektrycznych zespołów trakcyjnych, i złożył ofertę w Postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż Odwołujący zostanie pozbawiony możliwości zweryfikowania poprawności i kompletności informacji zawartych w ofercie FPS. Tym samym Odwołujący nie będzie mógł skutecznie skorzystać ze środków ochrony prawnej na wypadek, gdyby informacje zastrzeżone przez FPS jako tajemnica przedsiębiorstwa dawały ku temu podstawy. W szczególności, treść dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez FPS może bowiem spowodować i uzasadniać sformułowanie zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty FPS z Postępowania w przypadku, jeśli Zamawiający dokonałby wyboru FPS jako podmiotu, z którym Zamawiający zawrze umowę ramową. W efekcie może dojść do zawarcia umowy ramowej z FPS, a w konsekwencji – udzielenia zamówienia (zawarcia umów wykonawczych) temu podmiotowi zamiast Odwołującemu. Z uwagi na fakt, że weryfikacja warunków udziału w Postępowaniu (których dotyczą dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez FPS) następuje w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, tj. na obecnym etapie sprawy, ewentualna weryfikacja treści ofert innych wykonawców może nastąpić jedynie także w tym czasie, a nie na etapie postępowania o zawarcie umowy wykonawczej, gdzie warunki udziału nie będą już weryfikowane. Ponadto interes Odwołującego przejawia się także w dążeniu do zapewnieniu zgodności treści SWZ z przepisami PZP i umożliwieniu Odwołującemu udziału w prawidłowo przeprowadzonym Postępowaniu, zgodnie z zasadami równego traktowania wykonawców.

W zakresie terminu na wniesienie odwołania:

W dniu 17 października 2022 r. Zamawiający udostępnił oferty w Postępowaniu, w tym ofertę FPS. Odwołujący w dniu 20 października 2022 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie mu całości oferty FPS wraz z załącznikami, tj. wraz z częścią oznaczoną jako tajemnica przedsiębiorstwa, ewentualnie o przekazanie stanowiska Zamawiającego w sprawie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez FPS. W odpowiedzi na pismo Odwołującego, w dniu 24 października 2022 r. Zamawiający wskazał, iż przesyła Odwołującemu dodatkowy dokument, „który w wyniku badania ofert okazał się być w części jawny”, tj. dokument zatytułowany „Wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie tajemnicy

przedsiębiorstwa”, stanowiący fragment wyjaśnień FPS w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa z zasłoniętymi fragmentami uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. Dopiero w oparciu o treść udostępnionego Odwołującemu w dniu 24 października 2022 r. pisma FPS Odwołujący powziął wiadomość co do zakresu dokumentów/informacji, jakie FPS przedłożył w Postępowaniu oraz jakie objął zastrzeżeniem tajemnicy, jako że nie zostały one wyszczególnione w treści Formularza oferty złożonego przez wykonawcę. Pismem z dnia 24 października 2022 r. Zamawiający poinformował zatem Odwołującego o dokonaniu przez Zamawiającego weryfikacji ofert złożonych w Postępowaniu pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i uznaniu przez Zamawiającego zasadności tego zastrzeżenia w odniesieniu do wykonawcy FPS w zakresie wskazanych przez niego dokumentów, których Zamawiający nie przekazał Odwołującemu wraz z pismem z dnia 24 października 2022 r. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu pozostałej części informacji i dokumentów zastrzeżonych przez FPS jako tajemnica przedsiębiorstwa. Mając powyższe na uwadze, pismem z dnia 24 października 2022 r. Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania, a zatem niniejsze odwołanie składane w dniu 3 listopada 2022 r. zachowuje wymogi ustawowe dotyczące terminu na wniesienie odwołania stosownie do art. 515 PZP.

W uzasadnieniu, w zakresie zarzutów odwołania:

Zgodnie z art. 18 ust. 3 PZP, w celu skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Rolą Zamawiającego natomiast, w przypadku zastrzeżenia przez wykonawców w postępowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa, jest weryfikacji formalna i merytoryczna zastrzeżenia dokonanej przez wykonawcę w świetle regulacji art. 11 ust. 2 ZNKU, a następnie uznanie i zachowanie tajemnicy w toku postępowania albo odtajnienie zastrzeżonych informacji, jeśli wykonawca nie podał wykazaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy, w tym jeśli zastrzeżone informacje ze swej istoty tajemnicy przedsiębiorstwa stanowić nie mogą. Tylko należyte wywiązanie się z tego obowiązku przez Zamawiającego daje rękojmię zapewnienia w toku postępowania podstawowych zasad jawności i przejrzystości prowadzonego postępowania. W przedmiotowym Postępowaniu, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, FPS nie wywiązał się z obowiązków spoczywających na nim zgodnie z art. 18 ust. 3 PZP, a Zamawiający nieprawidłowo zweryfikował zasadność objęcia przez FPS tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach i nieprawidłowo uznał, że informacje te stanowią taką tajemnicę, a FPS należyście uzasadnił i wykazał ich status jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jak wynika, na co wskazał Odwołujący, z treści udostępnionego Odwołującemu w dniu 24

października 2022 r. dokumentu pn. „Wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa”, FPS zastrzegł jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa następujące informacje i dokumenty:

- a) zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego,
- b) część oferty FPS zawierającej informacje o danych dotyczących podmiotu trzeciego oraz zakresu i charakteru współpracy FPS z podmiotem trzecim,
- c) formularz JEDZ podmiotu trzeciego,
- d) informacja z KRS dotyczącej podmiotu trzeciego,
- e) wykaz dostaw wraz z referencjami.

Zastrzeżenie obejmuje również pozostałe oświadczenia lub dokumenty, które są lub będą składane dla podmiotu trzeciego zgodnie z warunkami zamówienia (wszystkie powyższe zwane dalej łącznie: „Informacje zastrzeżone”).

Wyjaśnienia FPS w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa zostały częściowo udostępnione Odwołującemu, z wyjątkiem fragmentu na stronach 5-7 (punkt IV wyjaśnień) oraz załączników do wyjaśnień. W treści tych wyjaśnień nie zostały wykazane wszystkie przesłanki skutecznego zastrzeżenia informacji w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Złożone przez FPS uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest w ocenie Odwołującego ogólnikowe i niekonkretne, co jak wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza, nie może być uznane za wystarczające (np. wyrok KIO z dnia 26 lutego 2013 r., KIO 297/16: *„Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia.”*). Wyjaśnienia złożone przez FPS mogłyby być złożone w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę. Jednakże zastrzeganie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar (tak np. wyrok KIO z dnia 25 maja 2022 r., KIO 1191/22). Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że Informacje Zastrzeżone rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa zatem na FPS. Powołuje wyrok sygn. akt KIO 2440/19 z dnia 17 grudnia 2019 r.

Odwołujący podał, że aargumentacja FPS sprowadza się do stwierdzenia, że ma on prawo chronić swoje relacje biznesowe w tym sensie, że nawet sam fakt współpracy, tj. nazwa (firma) podmiotu trzeciego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i z tego też tytułu informacje zawarte w wyszczególnionych przezeń dokumentach należy uznać za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego jest to błędne pojmowanie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wynika z treści oświadczenia złożonego przez FPS w punkcie 7 jego oferty, polega on na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz powierza wykonanie temu podmiotowi części zamówienia w charakterze

podwykonawcy. Zgodnie z § 6 ust. 2 specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”), w celu spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał dostawę elektrycznych zespołów trakcyjnych w wersjach zapewniających co najmniej 130 stałych miejsc siedzących do obsługi kolejowych przewozów pasażerskich, o łącznej wartości nie mniejszej niż 60 000 000,00 PLN brutto. Zważywszy, że FPS nie spełnia samodzielnie powyższego warunku i nie dostarczył żadnego elektrycznego zespołu trakcyjnego, powołał się na zdolności podmiotu trzeciego w tym zakresie. Dostawy pojazdów szynowych, w szczególności elektrycznych zespołów trakcyjnych, są w warunkach polskich czy europejskich realizowane w ramach zamówień publicznych. W związku z tym sam fakt powołania się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie dostaw elektrycznych zespołów trakcyjnych nie może zostać uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż będzie się odnosił do dostawy zrealizowanej na podstawie jawnej umowy o zamówienie publiczne. Nawet jeśli podmiot trzeci jest podmiotem prywatnym, to swoją zdolność techniczną i zawodową (doświadczenie w dostawie elektrycznych zespołów trakcyjnych) zdobył zapewne w jawnej procedurze zamówieniowej, i chociażby z tego powodu informacje o doświadczeniu tego podmiotu nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak słusznie wskazuje FPS, rynek dostaw pojazdów szynowych jest wąski, dlatego powszechnie znane są informacje o tym kto i na jakich warunkach realizuje dostawy pojazdów szynowych. Ograniczona jest też liczba podmiotów świadczących usługi specjalistyczne związane z dostawą pojazdów. Odwołujący podał, że wiadomym i oczywistym jest w jakim obszarze działalności prowadzone jest przedmiotowe postępowanie, nie jest więc żadną niewiadomą z jakiego obszaru mogą pochodzić podmioty udostępniające zasoby lub podwykonawcy.

Wyjaśnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa FPS sprowadzają się do przytoczenia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz orzecznictwa czy wypowiedzi doktryny, których stany faktyczne różnią się zasadniczo od przedmiotowej sytuacji i które jedynie teoretycznie wskazują na możliwość zastrzeżenia umów czy porozumień z podmiotem trzecim, nie wskazując jednak na konkretne okoliczności odnoszące się do Postępowania. Przede wszystkim, Odwołujący nie domagał się udostępnienia szczegółowych informacji dotyczących współpracy FPS z podmiotem trzecim, np. umowy o współpracy czy innego porozumienia. Odwołujący domaga się jedynie udostępnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą, które jednak nie są tak szczegółowe jak umowy czy porozumienia wskazywane w przywołanym orzecznictwie, które mogły być zawarte przez FPS z jego kontrahentami. FPS nie wykazał natomiast, w jaki konkretnie sposób Informacje Zastrzeżone posiadają wartość gospodarczą i w jaki sposób ich ujawnienie skutkowałoby poniesieniem przez FPS szkody – Odwołujący kwestionował natomiast, jakoby Informacje Zastrzeżone istotnie posiadały

opisywany przez FPS charakter, zwłaszcza skoro nie obejmują one szczegółów dot. warunków gospodarczych, handlowych czy finansowych współpracy FPS z podmiotem udostępniającym zasoby, a wyłącznie dane dot. np. nazwy i przeszłego doświadczenia tego podmiotu uzyskanego wskutek jawnej realizacji zamówienia publicznego (odpowiadającego co więcej warunkowi udziału w Postępowaniu skonstruowanemu przez Zamawiającego), czy też jedynie ogólnikowo podstawy współpracy wykonawcy z podmiotem udostępniającym zasoby. Odwołujący podał, że znaczna część Informacji Zastrzeżonych obejmuje dokumenty, których treść jest przynajmniej częściowo narzucona z góry (są to dokumenty sporządzone w oparciu o ogólnodostępne wzory) bądź są to dokumenty publikowane w jawnych, ogólnodostępnych rejestrach, i nie mogą one zatem zawierać żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa, tj:

- a) Treść zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego wynika częściowo z dokumentacji zamówienia (§7 ust. 9 SWZ),
- b) Formularz JEDZ podmiotu trzeciego wynika z wzoru dostarczonego przez Zamawiającego (§ 7 ust. 1 SWZ),
- c) Informacja z KRS podmiotu trzeciego jest dokumentem publicznie dostępnym.

Odwołujący powołał informację o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa UZP z dnia 24 września 2020 r. (sygn. KU/120/20/DKZP) i podał Odwołujący, że Prezes UZP potwierdził brak możliwości skutecznego zastrzeżenia danych podmiotu, na zasoby którego powołuje się wykonawca. Dodatkowo wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1535/14 - *Dokumenty urzędowe takie jak zaświadczenia z KRS, KRK, ZUS i US co do zasady nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jako dokumenty jawne.*

Odwołujący wyjaśnił, że niezależnie od tego, czy w konkretnym przypadku dana informacja posiada rzeczywiście wartość gospodarczą czy też nie, brak wykazania tej okoliczności przez wykonawcę w momencie zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje, że zastrzeżenie jest nieprawidłowe i jako takie nieskuteczne. W świetle powyższych rozważań w ocenie Odwołującego należy uznać, iż FPS nie wykazał, iż Informacje Zastrzeżone rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK. Konsekwentnie, zastrzeżenie dokonane przez FPS jest nieskuteczne, w związku z czym brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania ich za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a w efekcie brak jest podstaw do odmowy przez Zamawiającego ujawnienia w całości tych informacji i dokumentów - które powinny zostać udostępnione Odwołującemu w całości. Zdaniem Odwołującego FPS nie wykazał przede wszystkim, jaką realną wartość gospodarczą mają zastrzeżone informacje, tj. w jaki sposób udostępnienie Informacji Zastrzeżonych podmiotowi trzeciemu mogłoby mu przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić wydatków. Brak wykazania tej przesłanki w wyjaśnieniach złożonych wraz z ofertą uniemożliwia skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający

nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia FPS, uznając dokonane zastrzeżenie za skuteczne i naruszając tym samym zasadę jawności oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada jawności postępowania stanowi jedną z naczelných zasad prawa zamówień publicznych. Jest ona realizowana poprzez udostępnianie dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności treści ofert złożonych przez wykonawców. To właśnie zasada jawności zapewnia uczestnikom rynku zamówień publicznych, w szczególności wykonawcom dostęp do różnorodnych dokumentów, umożliwiając kontrolę prawidłowości i legalności tych postępowań, co z kolei pozwala na zapewnienie ich transparentności. W konsekwencji, wszelkie wyjątki od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winny być interpretowane ściśle. Zamawiający wskutek swoich działań i zaniechań naruszył także zasadę równego traktowania wykonawców, pozwalając FPS na utajnienie informacji istotnych z punktu widzenia zwłaszcza oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, uniemożliwiając tym samym weryfikację tych informacji pozostałym wykonawcom konkurującym z FPS w Postępowaniu, którzy w sposób zgodny z przepisami PZP i UZNK przedstawili informacje w przedmiotowym zakresie. Jak wykazano powyżej, powyższe zasady zostały w Postępowaniu naruszone, ponieważ Informacje Zastrzeżone nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś FPS nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach wystąpienia przesłanek uznania Informacji Zastrzeżonych za taką tajemnicę i w związku z tym powinny zostać udostępnione na wniosek Odwołującego. Mając na uwadze powyższe, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 listopada 2022 roku od przesłania pisma przez Zamawiającego w dniu 24 października 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania jako złożonego po terminie na jego wniesienie, który został przedstawiony przez uczestnika postępowania odwoławczego H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej: FPS). W ocenie Izby, udostępnienie oferty FPS Odwołującemu

w dniu 17 października 2022 roku nie stanowi podstawy do liczenia początkowego okresu na wniesienie odwołania w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych i przedstawionych w ofercie, która to została udostępniona w tym terminie Odwołującemu.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

W trakcie posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników do akt sprawy dołączono kopie dokumentów złożonych przez Zamawiającego i Odwołującego, stanowiących akta sprawy odwoławczej, z uwagi na niekompletność przedstawionej w dniu rozprawy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dołączono pismo z dnia 24 października 2022 roku od Zamawiającego do Odwołującego (wraz z załącznikiem) oraz pismo z dnia 20 października 2022 roku od Odwołującego do Zamawiającego.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego oraz uczestników postępowania odwoławczego.

Do akt sprawy odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 14 listopada 2022 roku „Odpowiedź na odwołanie”, gdzie Zamawiający u wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Do akt sprawy wpłynęło pismo uczestnika postępowania odwoławczego H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej: FPS), które zawiera załącznik TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA.

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że Zamawiający udostępnił oferty złożone przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu w dniu 17 października 2022 roku, co potwierdziły zgodnie strony i uczestnicy postępowania odwoławczego w trakcie posiedzenia i rozprawy.

Za pismem z dnia 20 października 2022 roku Odwołujący wniósł do Zamawiającego o:

W związku z udostępnionymi w dniu 13 października 2022 r. ofertami pozostałych wykonawców w Postępowaniu, zwracamy się z wnioskiem o udostępnienie w całości oferty wykonawcy H. C. — Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. („FPS”) wraz z załącznikami, tj. wraz z częścią oznaczoną jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Jak wynika z oferty FPS, informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dotyczą podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 PZP, któremu FPS powierza wykonanie części zamówienia. W ocenie PESA, jak wynika z orzecznictwa KIO, nieskuteczne jest zastrzeżenie w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów takich JEDZ czy oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby. Zatem dokumenty te powinny podlegać odtajnieniu.

Mając na uwadze powyższe prosimy o udostępnienie oferty FPS w całości, ewentualnie o przekazanie stanowiska Zamawiającego w sprawie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę, do dnia 25 października 2022 r.

Za pismem z dnia 24 października 2022 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, co następuje:

Zamawiający POLREGIO S.A. biorąc pod uwagę wcześniejszy wniosek o udostępnienie ofert złożonych przez pozostałych Wykonawców, przekazuje w załączeniu dodatkowy dokument, który w wyniku badania ofert okazał się być w części jawny.

Do tego pisma Zamawiający załączył jawny w części dokument FPS – „Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa”.

W trakcie posiedzenia z udziałem stron Zamawiający wyjaśnił na pytanie Izby:

„czy Zamawiający zakończył proces badania dokumentów pod kątem tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnia, że uzyskał różne informacje ale nie posiada dokumentu, który by zaświadczał, że zakończył proces badania oferty (dokumentów) pod kątem tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodaje, że nie dysponuje dokumentem, zgodnie z którym Zamawiający zakończył proces badania oferty i dokumentów wykonawcy H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. i nie ma wiedzy w tym zakresie. Nie wybrał również oferty.”

Izba zważyła:

Izba ustaliła, Odwołujący wykazał wypełnienia łącznie przesłanek z art. 505 ust 1 nowej ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

W zakresie zarzutów (zarzut 1 i 2) odwołania podniesionych przez Odwołującego, mając na uwadze ustalony stan faktyczny Izba uznała, że odwołanie jest niezasadne bowiem jest przedwczesne, co oznacza, że nie może poddać ocenie podanych zarzutów odwołania z ich uzasadnieniem merytorycznym, bowiem nie istnieje czynność Zamawiającego dająca faktyczną podstawę do wniesienia odwołania.

Zgodnie z art. 513 ustawy odwołanie wnoszone do Izby przysługuje na:

- 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;
- 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;
- 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Jak słusznie podkreśla się w doktrynie art. 513 ustawy wprowadza katalog czynności i zaniechań do jakich, niezależnie od wartości zamówienia, istnieje możliwość wniesienia odwołania. Wprowadza została zasada w odniesieniu do każdego postępowania niezależnie od jego wartości zaskarżenia w zasadzie każdej niezgodnej z prawem czynności lub zaniechania zamawiającego niezależnie od tego, czy dotyczy to postępowań o wartości równej lub przekraczającej wartość progów unijnych, czy postępowań o wartości poniżej tych progów.

Skuteczne wniesienie odwołania wymaga jednakże wskazania czynności lub zaniechania Zamawiającego do jakiego jest on obowiązany, a jakiego nie wykonał. W przedmiotowej sprawie odwoławczej mamy do czynienia z sytuacją, w której na moment wyrokowania

Zamawiający nie zakończył procesu oceny złożonych do Zamawiającego ofert i dokumentów pod kontem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę FPS. Sam Zamawiający zapytany o zakończenie tego procesu nie wyjaśnił, że nie ma wiedzy w tym zakresie, jednakże stwierdził, że dokumentu potwierdzającego zakończenie tego procesu nie posiada. W aktach sprawy, w przedstawionej dokumentacji postępowania o zamówienie również nie ma dokumentu, który potwierdzałby, że proces oceny i badania dokumentów w kontekście zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę FPS został zakończony. Przedstawiona „Odpowiedź na odwołanie” nie potwierdza również, że w ramach postępowania o udzielnie zamówienia zakończony został proces badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez FPS. Ustosunkowanie się przez Zamawiającego do podniesionych zarzutów odwołania nie jest czynnością w postępowaniu o zamówienie, lecz czynnością w postępowaniu odwoławczym, które to postępowanie jest odrębne od postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Działania Zamawiającego w ramach postępowania odwoławczego nie stanowią i nie zastępują czynności jakie ma podejmować Zamawiający w ramach postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Pismo z dnia 24 października 2022 roku, w ocenie Izby, nie stanowi dokumentu potwierdzającego zakończenie procesu badania dokumentów w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie FPS. Z dokumentu tego wynika jedynie, że Zamawiający mając na uwadze wcześniejszy wniosek o udostępnienie ofert przekazał dodatkowy dokument, który w wyniku badania ofert okazał się w części jawny. Zamawiający jednakże nie podał, nie wyjaśnił i nie przesądził, że zakończył proces badania w kontekście zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oferty i dokumentów FPS. Nie uzasadnia takiego stanowiska tj. zakończenia procesu badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa również to, że Odwołujący w piśmie z dnia 20 października 2022 roku przedstawił swoją argumentację co do skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez FPS i zażądał przedstawienia dokumentów złożonych przez FPS. Izba dostrzegła również, że w piśmie z dnia 20 października 2022 roku Odwołujący wniósł do Zamawiającego o ewentualnie o *przekazanie stanowiska Zamawiającego w sprawie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę, do dnia 25 października 2022 r.* W ocenie Izby Zamawiający prowadzący postępowanie o udzielnie zamówienie publicznego podejmuje czynności w terminie, w jakim gotowy jest do ich podjęcia i nie ma podstawy do przyjmowania zasadności zakreślania takiego terminu Zamawiającemu przez wykonawcę. Tym samym zakreślenie terminu dokonane przez Odwołującego w ww. piśmie nie rodzi żadnego skutku, w tym skutków negatywnych. Jednocześnie należy podkreślić, że ww. pismo ujawnia, że sam Odwołujący ma świadomość konieczności jednoznacznie podjętej przez Zamawiającego czynności wzywając Zamawiającego do *przekazanie stanowiska Zamawiającego w sprawie zasadności*

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę. Zaniechanie Zamawiającego w odniesieniu do przekazania dokumentów, czyli nieujawnienie tych dokumentów objętych przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa, a które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez innego wykonawcę, w tym wypadku przez FPS, musi zostać jednoznacznie wyartykułowane. Oznacza to, że Zamawiający powinien podać, że zakończył proces badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień tego zastrzeżenia. Skoro Zamawiający nie podał, że proces ten zakończył to nie sposób uznać, że czynność Zamawiającego badania zastrzeżenia została zakończona i w konsekwencji Zamawiający zaniechał ujawnienia określonych informacji. W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie odwoławczej znamieny był również wniosek uczestnika FPS zgłoszony w trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w zakresie odrzucenia odwołania z uwagi na upływ terminu na jego wniesienie, a liczonego od przekazania Odwołującemu oferty FPS, w której to treści podane były informacje o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa określonych danych. Potwierdza to, że samo przekazanie określonych dokumentów przez Zamawiającego nie stanowi o zakończeniu przez Zamawiającego czynności w zakresie badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedstawione przez Zamawiającego stanowisko w trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w zasadzie potwierdza, że nie została dokonana przez Zamawiającego żadna czynność, którą można byłoby kwalifikować jako zakończenie procesu badania złożonych dokumentów w kontekście zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba nie może na podstawie jakiegoś domniemania kreowanego przez Odwołującego przypisać Zamawiającemu podjęcia określonej czynności tj. czynności zakończenia procesu badania dokumentów w kontekście tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez FPS oraz nie może w efekcie uznać zaniechania ujawnienia wskazanych przez Odwołującego dokumentów. W postępowaniu o zamówienie nie zostały wyartykułowane przez Zamawiającego żadne czynności, które pozwalałyby na określenie, że faktycznie ich skutkiem są zaniechania, jakie są niezgodne z obowiązującymi regulacjami prawnymi. Ugruntowanym od lat w orzecznictwie jest, że koniecznym jest wyartykułowanie zakończenia procesu oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co może nastąpić przez (1) informację w tym zakresie stanowiącą wyartykułowane w stanowisku Zamawiającego informacje o zakończeniu tego procesu, które doręczane jest wykonawcom zarówno tym, których ocenie podlegały oferty i dokumenty, jak i pozostałym biorącym udział w procedurze, lub (2) przez dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz ogłoszenia wyniku. Niezależnie od przyjętego sposobu kluczowym jest to, że niezbędne jest zajęcie jednoznacznego stanowiska przez Zamawiającego, które umożliwia z jednej strony prawidłowe liczenie terminów na wniesienie odwołania od czynności albo zaniechania po stronie

Zamawiającego, a z drugiej strony jednoznaczne określenie zakresu kwestionowanych czynności czy zaniechań Zamawiającego. W ocenie Izby ugruntowane stanowisko w powyższym zakresie pozostaje aktualne również na podstawie obowiązującej obecnie ustawy i regulacji art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy, zgodnie z którym załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: (1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. W doktrynie wskazuje się, że „ustawodawca zobowiązał zamawiającego do udostępnienia ofert wraz z załącznikami niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. Celem wprowadzenia tego trzydniowego terminu było zapewnienie zamawiającemu czasu na dokonanie czynności niezbędnych przed udostępnieniem ofert, w szczególności zweryfikowanie, czy oferta nie zawiera treści ustawowo chronionych.” Przy czym w ocenie Izby „weryfikacja” musi być rozumiana nie jako ocena zasadności bądź braku zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa lecz jako czynność techniczna. Wynika to z tego, że badanie i ocena zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wyjaśnień wykonawcy składanych wraz z zastrzeżonymi dokumentami stanowi proces, w którym Zamawiający może podejmować działania zmierzające do ustalenia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które na linii czasu mogą wymagać dłuższego okresu niż 3 dni, co nie jest przypadkiem nadzwyczajnym. Jednocześnie sama czynność – komunikowany wykonawcy zamiar ujawnienia przez Zamawiającego informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez danego wykonawcę może być przez niego skarżona, jak każda inna czynność w postępowaniu i takie odwołania są wnoszone do Izby i są rozpoznawane.

Mając na uwadze powyższe Izba za niezasadne uznała stanowiska prezentowane przez Strony oraz uczestników w zakresie samej oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem ich ocena na tym etapie postępowania o zamówienie jest przedwczesna i nie odnosiłaby się do faktycznych czynności czy zaniechań Zamawiającego, których jak wynika z przebiegu rozprawy Zamawiający co najmniej nie wyartykułował albo nawet nie zakończył. Podkreślenia wymaga, że pełnomocnik Zamawiającego podał, że nie posiada dokumentów zgodnie z którymi Zamawiający zakończył proces badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa FPS i w zakresie tym nie ma wiedzy. Izba stwierdziła również, że w kontekście powyższego bezprzedmiotowe są dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ

lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W przedmiotowej sprawie odwołanie okazało się niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:.....