

Sygn. akt: KIO 3316/22

WYROK
z dnia 29 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: FS&P Arcus Sp. z o.o., A. P. Architekci sp. z o.o., ul. Gen. Abrahama 12/XI, 03-982 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego, ul. gen. Sylwestra Kaliskiego 2, 00-908 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **TPF Sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **GRAPH'IT Sp. z o.o., ul. Stępińska 22/30 lok. 424, 00-739 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia informacji – imion i nazwisk osób oraz posiadanych przez te osoby uprawnień - wskazanych w załączniku nr 4 i załączniku nr 5 złożonych w ofercie wykonawcy GRAPH'IT Sp. z o.o.;**
2. **uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 2 i 3 Pzp, przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy GRAPH'IT Sp. z o.o. dotyczących rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienia zastrzeżenia tego dokumentu i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych pismem z dnia 28 listopada 2022 r. przez wykonawcę GRAPH'IT Sp. z o.o. z wyłączeniem danych dotyczących szczegółowej**

kalkulacji ceny oferty, nazw kontrahentów, opisu autorskich rozwiązań technologicznych,

3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania odwoławczego obciąża w części ½ zamawiającego: **Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego, ul. gen. Sylwestra Kaliskiego 2, 00-908 Warszawa** oraz w części ½ wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: FS&P Arcus Sp. z o.o., A. P. Architekci sp. z o.o., ul. Gen. Abrahama 12/XI, 03-982 Warszawa**, i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: FS&P Arcus Sp. z o.o., A. P. Architekci sp. z o.o., ul. Gen. Abrahama 12/XI, 03-982 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2 zasądza od zamawiającego: **Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego, ul. gen. Sylwestra Kaliskiego 2, 00-908 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: FS&P Arcus Sp. z o.o., A. P. Architekci sp. z o.o., ul. Gen. Abrahama 12/XI, 03-982 Warszawa** kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą ½ kosztów poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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, Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) w trybie dialogu konkurencyjnego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej i kosztorysowej na budowę Kompleksu Dydaktycznego Wojskowej Akademii Technicznej”. Ogłoszenie o zamówieniu w sprawie przedmiotowego zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/S 075-201919.

W dniu 1 grudnia 2022r. Zamawiający przekazał wykonawcom Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą została wybrana oferta złożona przez wykonawcę GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum: FS&P Arcus Sp. z o.o., A. P. Architektki sp. z o.o. na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”, wnieśli odwołanie wobec:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez wykonawcę GRAPH'IT;
- 2) zaniechania czynności odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz dokumentów złożonych w celu oceny w kryteriach oceny ofert przez GRAPH'IT;
- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty GRAPH'IT;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż podejmując ww. czynności lub dopuszczając się zaniechań, naruszył – poza wynikającymi z uzasadnienia odwołania – następujące przepisy:

1) art. 18 ust. 2 i 3 Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy GRAPH'IT dotyczących rażąco niskiej ceny, dokumentów złożonych w celu oceny w kryteriach oceny ofert oraz uzasadnienia zastrzeżenia tych dokumentów, pomimo braku wykazania przesłanek uprawniających do objęcia informacji tam wskazanych tajemnicą przedsiębiorstwa;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1):

- 2) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty GRAPH'IT pomimo, iż oferta ta podlega odrzuceniu;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty GRAPH'IT, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 5 Pzp;

4) art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- b. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem czynności wskazanych w odwołaniu, dotychczas zaniechanych przez Zamawiającego, w tym odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz dokumentów złożonych w celu oceny w kryteriach oceny ofert przez GRAPH'IT,
- c. odrzucenia oferty złożonej przez GRAPH'IT.

Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika, według norm przepisanych na podstawie faktury, która zostanie przedłożona do akt sprawy na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył w postępowaniu ofertę, która, zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego z dnia 1.12.2022 r., sklasyfikowała się na 2 miejscu, za ofertą złożoną przez GRAPH'IT. W wyniku dokonania przez Zamawiającego ww. czynności i zaniechania z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, tym samym Odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania i wykonania zamówienia. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W protokole postępowania została ujawniona wartość szacunkowa zamówienia przyjęta przez Zamawiającego w dniu 18.03.2022 r. w oparciu o rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 29 grudnia 2021 r. (Dz.U. poz. 2458) tab 1 kat IV (Wycenę kosztorysu inwestorskiego obejmującego przedmiar, wyliczenie nakładów i wycenę robót dokonano w oparciu o WKI Wartość Kosztorysową Inwestycji – IV kwartał 2021 – WKI 7.740.21) tj. kwota 4 358 461,32 (po dodaniu podatku VAT – 5 360 907,42 zł brutto), przy czym Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 6 096 447,42 zł. Natomiast cena zaoferowana przez GRAPH'IT za wykonanie zamówienia podstawowego to 1 500 600,00 PLN brutto, co stanowi niecałe 28 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Tak istotna różnica zaoferowanej ceny, ponad 72%, w tym w stosunku do wartości zamówienia ustalonej

przez zamawiającego, w sposób oczywisty świadczy, iż oferta zawiera cenę rażąco niską i jako taka powinna zostać odrzucona.

Zamawiający wezwał GRAPH'IT do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wykonawca ten, pismami z dnia 18.11.2022 r. i 28.11.2022 r. udzielił wyjaśnień. Pomimo wniosku Odwołującego, Zamawiający nie udostępnił tych wyjaśnień ani drugiego z wezwań do wyjaśnień z dnia 28.11.2022 r. powołując się na zastrzeżenie przez GRAPH'IT tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie udostępnił również treści wykazów do kryterium nr 2 i 3, uznając je za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, zaniechał przy tym udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia wykazów, uznając je również za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to jednak zostało dokonane wadliwie, gdyż GRAPH'IT nie wykazał spełnienia przesłanek pozwalających na objęcie tajemnicą informacji, które co do zasady powinny być jawne w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dlatego też informacje te winny podlegać udostępnieniu wraz z ofertami oraz innymi załącznikami do protokołu postępowania.

Ad. Zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień GRAPH'IT w zakresie rażąco niskiej ceny

Odwołujący w dniu 2.12.2022 r., zwrócił się o udostępnienie dokumentów, na podstawie których dokonano wyboru oferty wykonawcy GRAPH'IT, w tym wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz złożonych dowodów. Zamawiający w dniu 5.12.2022 r. przekazał dokumenty z wyłączeniem informacji, które wykonawca GRAPH'IT zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Mając na uwadze treść oświadczenia GRAPH'IT dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wykonawca ten, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, nie wykazał przesłanek pozwalających na wyłączenie jawności udzielanych wyjaśnień i objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, a *de facto* całych dokumentów.

Wykonawca GRAPH'IT nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem powinny być one jawne i udostępnione wykonawcom. Poprzez zaniechanie udostępnienia tych dokumentów, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 18 ust. 1-3 Pzp.

Z art. 18 ust. 1 Pzp wynika, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Celem regulacji art. 18 ust. 1 Pzp było wprowadzenie w zamówieniach publicznych kontroli rozproszonej, czyli przede wszystkim kontrolowanie prawidłowości postępowania przez innych wykonawców w taki sposób, aby każdy zainteresowany mógł mieć wgląd do dokumentacji postępowania i wyrazić swoje uwagi, co potwierdza wyrok KIO z dnia 13 października 2016 r. sygn. akt: KIO 1835/16. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy).

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 Pzp (nazwy albo imiona i nazwiska oraz siedziby lub miejsca prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsca zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte; ceny lub koszty zawarte w ofertach). Ustawodawca wprowadzając generalną zasadę jawności w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one udostępnione oraz wykaże, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Użyte w art. 18 Pzp pojęcia „zastrzeżenie” i „wykazanie” oznaczają, iż w ramach wykazywania istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ZNKU, w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedłożyć określone dowody, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, czy złożenia oświadczeń, że spełniono przesłanki zastrzeżenia. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ZNKU (tak wyrok KIO z dn. 15 października 2020 r., o sygn. akt KIO 2358/20).

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ZNKU. Zgodnie z tym przepisem 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. Definicja taka została zawarta także w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem - zgodnie z nią „tajemnica przedsiębiorstwa” oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi:

a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji;

b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;

c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie wówczas, jeżeli spełniają łącznie następujące warunki:

- są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

- jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

- uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Należy przy tym zaznaczyć, że pod pojęciem działań, które „przy zachowaniu należytej staranności” uprawniony podjął (powinien podjąć) w celu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich pozyskaniem, ujawnieniem lub wykorzystaniem przez osobę nieuprawnioną należy rozumieć staranność wymaganą w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 KC).

Uzasadnienie przedstawione przez GRAPH'IT w zakresie utajnienia wyjaśnień (w piśmie z 18.11.2022 r.) dot. rażąco niskiej ceny nie spełnia ww. warunków skutecznego zastrzeżenia (Zamawiający udostępnił z tego pisma str. 1, 22 i 23). Jest ono lakoniczne i nie wskazuje żadnych konkretnych okoliczności, mogących stanowić podstawę utajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Argumenty tam wskazane mają charakter bardzo ogólny i mogłyby zostać wykorzystane w dowolnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie: Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Przystępujący skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zachwiania pozycji Przystępującego na ww. rynku. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Niemniej przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja cenowa zawiera informacje o cenach, jakie Przystępujący chce zaoferować w tym jednym, konkretnym postępowaniu, wskazuje na jego strategię cenową, ale przyjętą na potrzeby tego konkretnego postępowania, uwzględniając jego specyfikę i charakter. Niewątpliwie strategia ta nie jest niezmienna, nie jest jednakowa dla każdego postępowania, lecz każdorazowo indywidualnie opracowywana. Przystępujący nie przedstawił żadnych argumentów, dlaczego

właśnie te konkretne informacje przedstawione w wyjaśnieniach miałyby stanowić informacje posiadające wartość gospodarczą. Podobnie w niniejszej sprawie GRAPH'IT w ogóle nie wykazał konkretnych argumentów i okoliczności wskazujących na konieczność zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykazując, że zastrzeżone informacje korzystają z przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa GRAPH'IT wskazał bowiem w zasadzie dwie okoliczności:

- a. Oświadczenie, że informacje zawarte w wyjaśnieniach, nie zostały nigdy wcześniej ujawnione, zatem stanowią zbiór danych, który może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa;
- b. Kalkulacja ceny oferty oraz przedstawione wyjaśnienia dotyczące doświadczenia w realizacji tożsamyh usług lub doświadczenia personelu są informacjami o charakterze technicznym, technologicznym i organizacyjnym przedsiębiorstwa, gdyż potwierdzają „szczególną wiedzę Wykonawcy (know-how), która decyduje o jego przewadze konkurencyjnej na rynku”.

Zasadność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny GRAPH'IT oparł zatem jedynie na własnych subiektywnych ocenach. Każde bowiem wskazanie sposobu obliczenia ceny stanowi przedstawienie zbioru określonych danych. Jednak nie każde takie zestawienie może korzystać z ochrony przed ujawnieniem jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z tego względu błędna jest ocena Zamawiającego, jakoby GRAPH'IT wykazał zasadność zastrzeżenia. Warto również wskazać, że GRAPH'IT oparł swoje stanowisko o wyroki SN sprzed kilkadziesiąt lat, odnoszące się w zasadzie jedynie do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wziął pod uwagę, że w ostatnich latach linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej zdecydowanie zmierza do konieczności precyzyjnego wskazania powodów zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a obecne brzmienie przepisów Pzp wymaga wykazania środków podjętych celem ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, czego w niniejszym stanie faktycznym GRAPH'IT nie uczynił.

Podkreślenia wymaga, że przygotowanie cen jednostkowych czy też wycena elementów kosztotwórczych dla danego postępowania jest zjawiskiem naturalnym i samo w sobie nie uzasadnia objęcia informacji na temat tych cen ochroną wynikającą z tajemnicy przedsiębiorstwa. Zauważyć również należy, iż cena w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego stanowi wynik dokonanej przez wykonawcę kalkulacji na potrzeby określonego zindywidualizowanego zamówienia. Zatem, części składowe ceny również nie korzystają z zastrzeżenia jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (tak m.in. wyrok KIO z dnia 01.09.2017, sygn. akt KIO 1662/17).

Ponadto wskazać, należy, że w piśmie z 28.11.2022 r. GRAPH'IT wskazał dodatkowe uzasadnienie w zakresie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie to nie może być jednak odnoszone do wyjaśnień złożonych w dniu 15.11.2022 r. Skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga bowiem wykazania zasadności zastrzeżenia w

momencie składania dokumentów utajnionych. Wykonawca nie może niejako wstecz uzasadnić, że od dnia złożenia dokumenty były objęte tajemnicą z powodów, ujawnionych Zamawiającemu później. Jednocześnie treść uzasadnienia zastrzeżenia złożonego przez GRAPH'IT w dniu 28.11.2022 r. nie wskazuje na żadne istotne okoliczności potwierdzające, że zastrzeżone informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Powołane wyroki KIO, wydane zostały w innym stanie prawnym i nie uwzględniają aktualnego stanowiska Izby co do możliwości zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. GRAPH'IT argumentuje, że z pojedynczych informacji inni wykonawcy są w stanie dowiedzieć się w jaki sposób wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia oraz jaką metodykę pracy przyjmuje. Jednak sposób wykonania zamówienia nie stanowi informacji, która może być traktowana jako tajemnica przedsiębiorstwa w świetle ZNKU. Realizacja kontraktów zawartych w wyniku udzielenia zamówienia na podstawie Pzp ma charakter jawny, a sposób realizacji zamówienia został określony we wzorze umowy i załącznikach do niej. Ponadto usługa wykonania dokumentacji projektowej i sprawowania nadzoru autorskiego jest typową usługą realizowaną przez biura projektowe. Nie korzysta z ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa informacja co do liczebności personelu, wynagrodzenia osób planowanych do wykonania zamówienia czy przyjęta pracochłonność wykonania projektu. Są to dane, które stanowią podstawę obliczenia ceny, trudno jednak przypisywać im charakter unikalnej metodologii czy know-how.

Jednocześnie przypomnieć należy, że z ochrony, o której mowa w art. 18 ust. 3 Pzp korzysta informacja, a nie cały dokument. W przedmiotowej sprawie GRAPH'IT objęło tajemnicą przedsiębiorstwa całe wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, a Zamawiający w sposób niezasadny, bez weryfikacji poszczególnych informacji, postanowił o nieudostępnieniu wyjaśnień pozostałym wykonawcom.

Co do oświadczenia GRAPH'IT na temat nieudostępnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz podjęcia środków celem ich zabezpieczenia, to ono również jest lakoniczne i nie spełnia wymogów stawianych przez ZNKU. GRAPH'IT nie wskazał na podjęcie żadnych konkretnych czynności, poza jedynie deklaracją, że zobowiązał pracowników do zachowania poufności oraz przechowuje dokumenty w systemie informatycznym na własnym serwerze. W tym zakresie, pomimo jednoznacznej dyspozycji art. 18 ust. 3 Pzp co do konieczności wykazania, że zastrzeżone informacje korzystają z ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że faktycznie podjął jakiegokolwiek kroki w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. W tym zakresie GRAPH'IT przedstawił jedynie gołosłowne oświadczenia własne. Są to jednak sformułowania ogólne i niekonkretne. Nie można bowiem na ich podstawie ustalić jakie faktycznie środki zostały podjęte w celu zabezpieczenia informacji, nie jest wiadome, czy środki te mają zastosowanie do ofert przygotowywanych w

postępowaniach przetargowych. Zatem w tym zakresie nie można stwierdzić, aby GRAPH'IT faktycznie podjął działania w celu zabezpieczenia informacji przed ujawnieniem.

Ciężar wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Brak wykazania, iż zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również wykazanie zbyt ogólnikowe, niepełne, lakoniczne, a także powoływanie się jedynie na podstawę prawną możliwości zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, na orzecznictwo i poglądy doktryny - jest niewystarczające do uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Prawidłowe uzasadnienie zasadności zastrzeżenia powinno być wyczerpujące i możliwie szczegółowe tak, by w jak najbardziej precyzyjny sposób faktycznie wykazać zasadność zastrzeżenia, a więc łączne zmaterializowanie się trzech warunków niezbędnych do uznania, iż określona informacja rzeczywiście stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zobligowany jest więc do przywołania konkretnych faktów, które uzasadniałyby utajnienie informacji poprzez wskazanie np. szkody, jaką poniósłby wskutek ich ujawnienia.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Okręgowego w Warszawie wykonawca zobowiązany jest do wykazania realnej wartości gospodarczej jaką posiadają przedstawione przez niego niejawne informacje (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1.10.2021, sygn. akt XXIII Zs 53/21).

W niniejszym stanie faktycznym GRAPH'IT nie podjął nawet próby wykazania, że zastrzeżone informacje faktyczne posiadają jakąś konkretną wartość, ograniczając się w tym zakresie do stwierdzenia, że informacje te stanowią o przewadze konkurencyjnej na rynku.

Podkreślenia wymaga fakt, że w treści wyjaśnień przedstawionych Zamawiającemu w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 18.11.2022 r. oraz dodatkowych wyjaśnień z dnia 28.11.2022r, GRAPH'IT nie udowodnił, że informacje zawarte w ww. wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawarto tam jedynie ogólne sformułowania, niepoparte żadnymi dokumentami/dowodami, które uzasadniałyby dokonane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z uwagi na powyższe odtajnienie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny GRAPH'IT jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Ad. Zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień GRAPH'IT w ramach kryteriów oceny ofert

Jak wynika z wiadomości Zamawiającego z dnia 5.12.2022 r., Zamawiający nie udostępnił również wykazów „do kryterium nr 2 i nr 3” ani pisma zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie. Odwołujący podniósł, że GRAPH'IT przedstawił lakoniczne uzasadnienie dot. zastrzeżenia tajemnicy, niespełniające przesłanek wynikających z art. 18 ust. 3 Pzp, a zatem nie mogło dojść do skutecznego zastrzeżenia tych wykazów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie utajnienie pisma uzasadniającego zastrzeżenie wykazów jako tajemnicy przedsiębiorstwa wprost narusza zasadę jawności

postępowania. O ile bowiem teoretycznie można próbować wykazywać, że dokumenty składane na potwierdzenie warunków czy kryteriów w postępowaniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o tyle samo uzasadnienie zastrzeżenia nie może być traktowane jako informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Z pewnością takiego przymiotu nie posiada całość pisma zawierającego uzasadnienie. Odmowa udostępnienia pisma zawierająca uzasadnienie utajnienia wykazów złożonych na potwierdzenie kryteriów oceny ofert, świadczy o braku dokonania przez Zamawiającego jakiegokolwiek analizy utajnionych informacji i „automatycznym” uznaniu za tajemnicę całych dokumentów, bez weryfikacji czy faktycznie wystąpiły przesłanki skutecznego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, pomimo braku możliwości zapoznania się z uzasadnieniem, że wykazy złożone dla celów oceny w kryteriach oceny nie zostały utajnione skutecznie. Powołuje przy tym argumentację wskazaną powyżej oraz dodatkowo wskazuje, że tożsamość i doświadczenie osób wchodzących w skład zespołu projektowego co do zasady nie korzysta z ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nawet jeśli GRAP'IT twierdzi, że wykazy zostały utajnione z uwagi na groźbę „podkupienia” pracowników przez konkurencyjne firmy, winien na tę okoliczność przedstawić dowody. Jak wskazał SO w Warszawie: „Po odrzuceniu orzecznictwa (pismo – przyp. odwołującego) składało się z kilku zdań o groźbie podkupowania osób, bez odniesienia do żadnych statystyk czy jakichkolwiek sytuacji zaistniałych u tego konkretnego wykonawcy. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne statystyki o fluktuacji kadr, nie dotyczące (...) i jego specjalistów. Na okoliczność swych twierdzeń, że konkurenci podejmują aktywne działania mające na celu „wyciągnięcie” z firmy potrzebnych specjalistów nie przedstawił żadnych dowodów.” Tym samym jeśli GRAPH'IT takich dowodów nie przedstawił, przedmiotowych wykazów nie można uznać za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a Zamawiający winien je odtajnić.

Ad. zarzut zaniechania odrzucenia oferty GRAPH'IT pomimo zaoferowania rażąco niskiej ceny

Zarzut niniejszy podnoszony jest z ostrożności procesowej i powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu dostępu przez Odwołującego do pisma z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Odwołującego, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 Pzp początkuje sama treść wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jeżeli Izba uzna za zasadny Zarzut I, Odwołujący wnosi o nierozpatrywanie niniejszego zarzutu jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w treści orzeczenia – w zakresie w jakim zarzut niniejszy odnosi się do oferty GRAPH'IT.

Odwołujący zwrócił uwagę na stanowisko KIO (wydane pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, jednak zachowujące aktualność): wyrok KIO z dnia z dnia 24

lutego 2017 r., sygn. akt KIO 242/17, wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1713/17.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, że nie wyklucza możliwości cofnięcia odwołania w przypadku uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w części dotyczącej objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień RNC oraz dokumentów składanych w celu uzyskania punktów w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert wraz z jednoczesnym unieważnieniem czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazuje jednak, że zgodnie z pkt XIV.2. SWZ, podana w ofercie cena musi obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem i odbiorem przedmiotu zamówienia, w tym również nie ujęte w zakresie określonym przez Zamawiającego, a wynikające z zastosowanej technologii, obowiązujących norm i przepisów i niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Z kolei, mając na względzie zapis zawarty w § 4 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SWZ), płatność za realizację przedmiotu Umowy zostanie zrealizowana w następujący sposób:

- a) I rata po odebraniu dokumentacji projektowej i kosztorysowej, o której mowa w poz. 1 Zestawienia Kosztów Zadania (ZKZ) stanowiącego załącznik nr 2 do Umowy, (wynagrodzenie umowne ryczałtowe bez nadzorów autorskich), po dokonaniu protokolarnego odbioru przez strony dokumentacji projektowej i kosztorysowej oraz uzyskaniu wszelkich niezbędnych pozwoleń, uzgodnień urzędowych i certyfikatów wynikających z wykonywanej dokumentacji;
- b) II rata po dokonaniu nadzorów autorskich na budowie – (20 x zł brutto) – po dokonaniu odbioru przez strony wykonania czynności nadzorów autorskich na terenie budowy z zastrzeżeniem § 3 ust. 2 i 3.

W Zestawieniu Kosztów Zadania wykonawca zobowiązany był podać odrębnie cenę za Dokumentację projektową i kosztorysową wraz z decyzjami administracyjnymi oraz Nadzory autorskie podczas realizacji budowy (20 pobyków). Z ZKZ złożonego przez GRAPH'IT wynika, że wykonanie dokumentacji projektowej i kosztorysowej wraz z decyzjami administracyjnymi zostało wycenione na kwotę 1 200 000,00 zł netto (1 476 000,00 zł brutto) zaś realizacja nadzoru wyniesie 20 000,00 netto (24 600 zł brutto).

Zakres kosztów, jakie należy uwzględnić przy wycenie oferty bardzo szczegółowo i precyzyjnie wynika z Opisu przedmiotu zamówienia (stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ), a także z § 2 projektu umowy i innych postanowień umowy, w których Zamawiający jednoznacznie zobowiązuje wykonawcę do pokrywania kosztów określonych czynności/działań. Tymczasem mając na względzie ceny zaoferowane przez GRAPH'IT stwierdzić należy, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia w pełni zgodnie z wymaganiami zawartymi w SWZ za wynagrodzeniem zaoferowanym przez tych

wykonawców bez poniesienia strat, a zatem poniżej ponoszonych kosztów. Zaoferowana przez tego wykonawcę cena, jest rażąco niska, nierynkowa, nieprzystająca do realnych kosztów jakie należało przyjąć wyceniając prace wchodzące w zakres zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w SWZ.

Rażąco odbiega od standardów rynkowych cena za pełnienie nadzoru autorskiego w kwocie 24 600 zł brutto. Zamawiający oczekuje, że nadzór będzie pełniony w wymiarze „22 nadzorów autorskich na placu budowy (w tym 2 pierwsze bezpłatne)”. W przypadku tak dużej i skomplikowanej inwestycji należy założyć, że uczestnictwo w naradach będzie zajmowało cały dzień, wraz z dojazdem na teren budowy. Przy uwzględnieniu projektantów z 7 branż (zgodnie z załącznikiem “wykaz osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia”) i cenie za jedną naradę w wysokości 1 000 zł netto, okazuje się, że wykonawca GRAPH'IT przewidział wynagrodzenie dla projektantów w kwocie maksymalnie 142,86 zł za osobę. Tak wyliczone wynagrodzenie nie obejmuje ponadto żadnych kosztów pośrednich, jak np. koszt dojazdu, oraz zysku wykonawcy, oraz obowiązków, które zgodnie z przepisami również są realizowane przez nadzór autorski, tj. odpowiadanie na liczne pytania firm budowlanych, przygotowywanie rozwiązań zamiennych, rozwiązywanie kolizji, przygotowywanie wyjaśnień, koordynowanie wszystkich projektantów, udziałem w naradach koordynacyjnych na budowie wszystkich projektantów biorących udział w procesie projektowym. Wynagrodzenie dla projektantów wyniesie zatem nawet mniej niż 142,86 zł tj. 17,86 zł za godzinę pracy projektanta czyli poniżej minimalnego wynagrodzenia. Tak określone wynagrodzenie należy uznać za niezgodne z prawem, a ponadto całkowicie nierealne i niepokrywające kosztów wynagrodzenia projektantów niezbędnych do pełnienia nadzorów autorskich. Projektanci, których dysponowaniem wykazywali się wykonawcy na etapie składania ofert to wykwalifikowani specjaliści z odpowiednim doświadczeniem. Fakt, że osoby takie nie wykonują pracy za stawki minimalnego wynagrodzenia (gdyby przyjąć, że narady nie będą trwały 8 tylko np. 6 lub godzin, wówczas stawka godzinowa nieco wzrośnie przekraczając próg minimalnego wynagrodzenia), Odwołujący uznaje za fakt notoryjny. Odwołujący ponadto podnosi, iż z pewnością dowodów na realizację nadzorów w takich kwotach wykonawca GRAPH'IT nie przedstawił w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Wykonawca GRAPH'IT zaoferował ponadto wykonanie dokumentacji projektowej za kwotę 1 200 000 zł netto. Biorąc pod uwagę poziom skomplikowania przyszłej inwestycji, o czym świadczy sam fakt prowadzenia przedmiotowego postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego oraz zakres prac projektowych, obejmujący rozbiórkę budynku, przebudowę i/lub nadbudowę, budowę budynku szkolno-dydaktycznego, budowę akademika/internatu, budowę hali sportowej, parkingu z drogami dojazdowymi, objęcie projektem zagospodarowania terenu, budowę boisk, budowę przyłączy do mediów (pkt I.1. OPZ).

Ponadto, Zamawiający wymaga, aby inwestycja była zaprojektowana tak, aby zapewniała na każdym etapie jej realizacji zachowanie ciągłości działalności dydaktycznej i wychowawczej Liceum. Liceum nie może zostać przeniesione do innej lokalizacji na czas realizacji inwestycji (pkt I.2.OPZ). Powyższe wskazuje, że realizacja projektu ma bardzo rozległy charakter, nie jest to typowe wykonanie dokumentacji projektowej dla budowy budynku. Cena zaoferowana przez GRAPH'IT w żaden sposób nie pokryje kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Obecne (inflacja) ceny rynkowe kształtują się na poziomie od 180 zł/m² powierzchni do zaprojektowania, natomiast dla projektów wykonywanych w technologii BIM kształtują się od 200 zł/m² powierzchni do zaprojektowania. Czas wykonania projektów w obu technologiach jest podobny. Warto zauważyć, iż Zamawiający pierwotnie (kwiecień 2022) oszacował koszt wykonania zamówienia na poziomie 5 360 907,42 zł brutto) następnie (inflacja) zwiększył kwotę do poziomu 6 096 447,42 brutto (listopad 2022). Wykonanie projektu za wskazaną kwotę przez GRAPH'IT tj. 1200 000 stanowi cenę rażąco niską i przekładając tę cenę na ilość metrów kwadratowych do zaprojektowania tj. 15 000 m² daje kwotę 80 zł/m², co stanowi cenę znacząco odbiegającą od obecnych cen rynkowych, cenę dumpingową, nie realną. Ponadto, w oferowanej cenie należy uwzględnić koszt oprogramowania, utrzymania biura i przede wszystkim wykazać zysk na tym zadaniu.

W celu wykazania, że cena na poziomie zaoferowanym przez GRAPH'IT jest rażąco niska, weryfikacji wymaga przede wszystkim, czy w jego kalkulacji ujęto wszelkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ, a także czy koszty te przyjęto na poziomie rynkowym. Odwołujący nie ma jednak możliwości odniesienia się do wyjaśnień udzielonych przez GRAPH'IT z uwagi na odmowę ich udostępnienia przez Zamawiającego. W konsekwencji Odwołujący nie zna rzeczywistego kosztorysu GRAPH'IT.

W przedmiotowym stanie faktycznym, w przypadku oferty GRAPH'IT, zaistniało ustawowe domniemanie rażąco niskiej ceny, bowiem cena brutto oferty GRAPH'IT jest niższa o ponad ustawowe 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania, zaś Zamawiający wezwał GRAPH'IT do złożenia wyjaśnień. W takiej sytuacji jedynie złożenie wyjaśnień obalających domniemanie zaoferowania przedmiotu zamówienia po cenie rażąco niskiej mogło uchronić tego wykonawcę przed odrzuceniem oferty. Wykonawca, wezwany do wyjaśnień zaoferowanej ceny, musi wykazać, że w odniesieniu do przedmiotu zamówienia dokonana przez niego wycena zamówienia obejmuje wszystkie jego elementy i odpowiada rynkowej wartości zamówienia z uwzględnieniem warunków dostępnych danemu wykonawcy. Odwołujący został pozbawiony możliwości zapoznania się i zweryfikowania rzetelności wyjaśnień udzielonych przez GRAPH'IT. Jednakże wobec faktu, iż zaoferowana

przez GRAPH'IT cena nie może być ceną realną, nie pokrywa bowiem kosztów, które musiały zostać przyjęte, a nie ma możliwości obniżenia tych kosztów w tak istotny sposób, Odwołujący zakłada, iż Zamawiający dokonał oceny udzielonych wyjaśnień z naruszeniem przywołanych przepisów Pzp.

Podkreślenia wymaga jednak, że GRAPH'IT zaoferował cenę o 72% niższą niż szacunkowa wartość zamówienia. Cena oferty tego wykonawcy jest również niższa o 48,3% od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Biorąc pod uwagę również wartość złożonych ofert należy wskazać, że GRAPH'IT zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia o 2 164 800 zł mniej niż Odwołujący oraz o 3 852 400 zł mniej niż TPF. Powyższe porównanie cen wskazuje na rażące zaniżenie ceny oferty GRAPH'IT. Tak skrajne różnice pozwalają na wysnucie tezy, że nie istnieją obiektywne okoliczności pozwalające na obniżenie ceny do tak niskiego poziomu. Wykonawca GRAPH'IT w zaoferowanej cenie nie mógł zatem uwzględnić rynkowych kosztów wykonania zamówienia.

Zauważyć należy, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinny być konkretne i wyczerpujące, powinny odnosić się do konkretnych wartości ekonomicznych. Natomiast ogólne twierdzenia dotyczące np. posiadanego doświadczenia lub zasobów personalnych, bliskości bazy sprzętowej, posiadanie wiedzy i zdolności organizacyjnych itd. nie mogą zostać uznane za spełniające wymóg konkretności. Wyjaśnienia powinny również być kompletne, a zatem na ich podstawie zamawiający powinien móc ocenić, czy wykonawca uwzględnił w cenie oferty wszystkie istotne pozycje kosztowe. Wyjaśnienia składane przez specjalizujący się w danej branży podmiot nie mogą bowiem opierać się na ogólnych deklaracjach i zapewnieniach wykonawcy, mających na celu wywrzeć na zamawiającym wrażenie, jakoby cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i prawidłowy. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami, ponieważ brak udowodnienia realności ceny winno bezwzględnie skutkować odrzuceniem oferty⁵.

Wobec wykonawcy GRAPH'IT z pewnością nie zachodzą żadne szczególne okoliczności właściwe tylko temu wykonawcy, które pozwalają wycenić przedmiot zamówienia na aż tak rażąco niskim poziomie. Jak wskazano powyżej, ogromną część kosztów wykonania zamówienia stanowią koszty pracy specjalistów – projektantów i inżynierów, które nie mogą być oparte nawet o minimalne stawki wynagrodzenia, gdyż realne wynagrodzenie takich osób jest zdecydowanie wyższe.

Podsumowując, w związku z tym, że cena zaproponowana przez GRAPH'IT w sposób skrajny odbiega od wartości szacunkowej zamówienia, a także nie pokrywa kosztów wynikających z opisu przedmiotu zamówienia i realiów rynkowych należy uznać, iż złożona przez tego wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę. Cena ta jest zarówno nierealna, jak

i uniemożliwia prawidłowe wykonanie zamówienia oraz godzi w podstawowe zasady uczciwej konkurencji. Stąd też oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Ad. Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Całokształt wskazanych wyżej w uzasadnieniu okoliczności wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający naruszył reguły równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W stosunku do wykonawcy GRAPH'IT Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny oferty, a jednocześnie odmówił udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny uniemożliwiając ocenę rzetelności kalkulacji ceny GRAPH'IT. Pominięcie przez Zamawiającego tych istotnych okoliczności, na które wskazuje w odwołaniu Odwołujący, prowadzi do zachwiania równowagi konkurencyjnej w postępowaniu, zamówienie bowiem otrzymuje wykonawca, którego oferta powinna zostać odrzucona. Takie działanie wprost narusza również dyspozycję art. 17 ust. 2 Pzp, zgodnie z którą zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Z ostrożności, Odwołujący wskazał, iż z uwagi na odmowę dostępu do wyjaśnień GRAPH'IT dotyczących rażąco niskiej ceny, w swoim stanowisku dotyczącym zarówno zarzutu rażąco niskiej ceny oferty GRAPH'IT, jak i zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych przez GRAPH'IT jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie był w stanie odnieść się do kwestii w zawartych tych dokumentach i wykazać, że konkretne elementy treści tych dokumentów lub załączników do nich nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa i – odpowiednio – świadczą o nierzetelności wyceny oferty i nierealności zaoferowanej ceny. Z tego też powodu zarzuty w odwołaniu mogły zostać sformułowane jedynie ogólnie, odnosić się w głównej mierze do kwestii prawnych oraz opierać na domysłach. Jak podkreśliła KIO m.in. w wyroku z dnia 23.02.2022 r. (sygn. akt, KIO 290/22, KIO 291/22), nie można na niekorzyść Odwołującego rozstrzygać pewnego, naturalnego w tych okolicznościach, braku w zarzutach odniesienia się do konkretnych okoliczności faktycznych związanych z tą treścią, które musiałyby się w nich znaleźć, gdyby treść dokumentu wraz z załącznikami była Odwołującemu znana.

Wykonawca TPF Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Wykonawca GRAF'IT Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Swoje stanowisko przedstawił w piśmie procesowym z dnia 21 grudnia 2022 r.

Przystępujący zwrócił uwagę na wadliwość złożonego wraz z odwołaniem pełnomocnictwa Odwołującego udzielonego r.pr A. M., która w imieniu Odwołującego podpisała i złożyła odwołanie. Pełnomocnictwo to zostało podpisane elektronicznie przez:

1. w imieniu konsorcjanta „A. P. Architekci Sp. z o.o.” przez p. I. A., zgodnie z załączonym do odwołania odpisem z KRS, umocowanym co samodzielnej reprezentacji Spółki - za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego

oraz

2. w imieniu konsorcjanta „FS&P Arcus” Sp. z o.o.” przez umocowanych, zgodnie z załączonym do odwołania odpisem z KRS. do łącznej reprezentacji członków zarządu : p. A. M. - za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego i p. D. L. M. - za pomocą elektronicznego podpisu zaufanego.

W ocenie Odwołującego, taki stan rzeczy oznacza, że przedmiotowe pełnomocnictwo jest wadliwe w rozumieniu Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. 2020 poz. 2452), które stanowi:

w § 7 ust. 1. „Podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

w § 7 ust. 2. „W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty lub pełnomocnictwo, zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów, o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.”

Ponieważ przedmiotowe postępowanie jest o wartości wyższej niż progi unijne, pełnomocnictwo załączone do odwołania jest wadliwe, gdyż wszystkie 3 osoby powinny posłużyć się wyłącznie kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co nie zaszło, a tym

samym odwołanie nie zostało złożone w terminie skutecznie i z tego powodu powinno być odrzucone.

Przystępujący wskazał, że Zamawiający otrzymał od Odwołującego jedynie kopię odwołania – skan pdf bez oryginalnego pełnomocnictwa w formie elektronicznej, co sprawia że co najmniej kopia odwołania jest nie zgodna z jego oryginałem złożonym do KIO i/lub zawiera również wadliwe pełnomocnictwo, co jest kolejnym argumentem za odrzuceniem odwołania z powodu braku przekazania kopii odwołania tożsamej z oryginałem Zamawiającemu (p. KIO 3192/22), ewentualnie przekazania Zamawiającemu kopii odwołania podpisanej przez osoby nie umocowane skutecznie do tej czynności.

Niezależnie od wyżej wymienionych powodów konieczności odrzucenia odwołania Przystępujący stoi na stanowisku, że wszelkie zarzuty stawiane Zamawiającemu w odwołaniu są bezpodstawne i nieoparte argumentacją czy dowodami, które powinien złożyć Odwołujący, w związku z czym Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający, pismem z dnia 22 grudnia 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający zgodził się w części z podniesionymi zarzutami Odwołującego i tym samym wniósł o:

- 1) umorzenie postępowania w części dotyczącej zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego,
- 2) oddalenie odwołania w części dot. zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego,
- 3) obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

Zamawiający odnosząc się kolejno do poszczególnych zarzutów zawartych w odwołaniu przedstawił następujące stanowisko:

- 1) Zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu.

Przedstawione przez firmę GRAPH'IT wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny spełniają warunki, umożliwiające uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przedmiotowych wyjaśnieniach (i załącznikach do nich) wykonawca określił zastosowaną metodę, w oparciu o którą dokonał kalkulacji ceny, wynikającą bezpośrednio z posiadanego doświadczenia w zakresie realizacji tożsamych usług dla kontraktów podobnych lub doświadczenia w tym zakresie personelu, którym dysponuje do realizacji rzeczonyj usługi.

Posiadane doświadczenie oraz wiedza zatrudnionego personelu umożliwia wykonawcy kalkulację ceny na odpowiednim poziomie rynkowym, umożliwiającym pozyskanie zamówienia oraz jego realizację zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego, zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny, techniczny oraz handlowy o znacznej wartości gospodarczej dla wykonawcy. Potwierdzają również

szczególną wiedzę wykonawcy, która zapewnia mu przewagę konkurencyjną na rynku. Ujawnienie ww. informacji grozi wykonawcy poniesieniem realnej szkody, narusza interes wykonawcy związany z jego pozycją na rynku konkurencyjnym, wpływając na możliwość realnego i uczciwego konkurowania z innymi wykonawcami w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot.

Uzasadnionym jest uznanie, iż wiedza, co do okoliczności właściwych konkurentom, ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny. Poza tym nowatorska wiedza wykonawcy umożliwia mu obniżenie ceny z jednoczesną sprawną i należytą realizacją zamówienia, co umacnia jego przewagę konkurencyjną w stosunku do pozostałych wykonawców, pod warunkiem jednak, że wiedza jest tylko jemu dostępna.

Zastrzeżone informacje ujawniają również relacje handlowe wykonawcy, z którymi wykonawca współpracuje przy realizacji usług takich, jak objęte przedmiotem zamówienia. Wykonawca wskazał na utrwalony w orzecznictwie KIO i w praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego pogląd, co do poufnego charakteru tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która zawiera listę czynników cenotwórczych, jak również informacje dotyczące właściwego danemu wykonawcy sposobu obliczania ceny oferty oraz wykonania zamówienia, w szczególności zaś - kalkulacji i dowodów załączanych do wyjaśnień – orzeczenie KIO 654/22 z dnia 25.03.2022 r.

Fakt pozostawiania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych oraz informacje ujawniające elementy ich współpracy mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k. Ujawnienie takich informacji, które pozornie mogą wydawać się mało istotne, może potencjalnie wpłynąć na zaburzenie konkurencji, zwłaszcza na rynkach o wąskiej specjalizacji, w których o przewadze konkurencyjnej danego podmiotu mogą decydować konkretne relacje biznesowe. Fakt ujawnienia takich relacji może stanowić cenną informację dla konkurentów, którzy podejmując działania zmierzające do zmiany, czy też zaburzenia tych relacji, mogą wpłynąć na aktualną pozycję rynkową danego podmiotu, który wcześniej informacje te utrzymywał w poufności. KIO 991/22 – wyrok KIO z dnia 09.05.2022 r.

W ocenie Zamawiającego, firma GRAF'IT nie dokonała zastrzeżenia w sposób nieuprawniony, mający na celu jedynie utrudnienie uczciwej konkurencji. Skorzystała jedynie z ustawowego prawa do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W sposób skuteczny i prawidłowy dokonała ww. zastrzeżenia. Zamawiający zwrócił uwagę na orzeczenie KIO nr 654/22 dotyczące postępowania, w którym firma GRAPH'IT uczestniczyła jako przystępujący po stronie Zamawiającego. Izba w przedmiotowym postępowaniu oddaliła odwołanie uznając racje firmy GRAPH'IT, zarówno w zakresie prawidłowości zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, jak i

nieuznania twierdzeń odwołującego, że przystępujący zastrzegł informacje jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom kontroli.

2) Zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień w sprawie wykazów w ramach kryteriów oceny ofert Zamawiający uznaje zarzut w części i zobowiązuje się do odtajnienia części dokumentów.

Zamawiający oświadczył, że nie uznaje za zasadne utrzymanie w tajemnicy zawartych w wykazach nazwisk i uprawnień projektantów, treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji, natomiast uznaje za zasadne utrzymanie w tajemnicy części wykazów w zakresie dotyczącym projektów zrealizowanych na rzecz inwestora, dowodów dołączonych do uzasadnienia tj. polityki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, umowy o zachowaniu w poufności informacji z dnia 20.04.2022r. oraz umowy o zachowaniu poufności z dnia 12.09.2019r.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonując ponownej analizy złożonych w postępowaniu dokumentów w zakresie kryteriów oceny ofert – załącznik nr 4 i nr 5 do SWZ: „Wykaz w ramach kryterium: doświadczenie zespołu projektowego” i „Wykaz w ramach kryterium: dodatkowego doświadczenie członków zespołu projektowego” uznaje zarzut za uzasadniony w części i zobowiązuje się do odtajnienia części informacji zawartych w tych dokumentach:

Informacje zawarte w ww. dokumentach dotyczące nazwisk i uprawnień projektantów zostały zastrzeżone niezasadnie, gdyż wykonawca GRAPH'IT nie udowodnił, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca zastrzegł dokumenty, zawierające informacje, które na wcześniejszym etapie postępowania, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostały przedłożone Zamawiającemu i nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym utraciły walor informacji poufnej, stały się jawne, dostępne i nie ma podstaw do ich ochrony jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego wykonawca zastrzegł jako całość nie tylko same wykazy, ale również uzasadnienie niniejszego zastrzeżenia, traktując jako tajemnicę przedsiębiorstwa całe dokumenty, a nie poszczególne informacje, co w świetle utrwalonego orzecznictwa jest niedopuszczalne. Nie wykazał również, że przedstawione w dokumentach informacje mają dla niego konkretną wartość gospodarczą. Samo ogólne powołanie się na argument dotyczący możliwości podkupienia „pracowników” bez szczegółowego uzasadnienia i dowodu na takie zagrożenie również nie może być uznane za wystarczające do przyjęcia za spełnioną przesłankę określenia wartości gospodarczej zastrzeżonej informacji.

Problematyka wykazu osób, które będą realizowały zamówienie jako tajemnicy przedsiębiorstwa była już wielokrotnie analizowana przez KIO, przykładowo w wyroku z 24.05.2019 r., KIO 860/19. W ocenie Izby nie wystarczy stwierdzenie, że dana informacja ma

charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Zgodnie z zasadą jawności, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, że ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające. Na uwagę zasługuje również wyrok KIO z dnia 13.04.2021 r. sygn. akt: 796/21.

Niezależnie od powyższego Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że osoby te (projektanci) w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, zostaną wymienione zarówno w zawartym kontrakcie, jak również publicznie dostępnej dokumentacji projektowej po jej opracowaniu, która zostanie udostępniona nieograniczonemu kręgowi osób w ramach postępowania na roboty budowlane.

Na etapie realizacji robót osoby te, jako pełniące nadzór autorski, zostaną ujęte w umowie z zamawiającym i dzienniku budowy dla tej inwestycji.

Uzasadniając przesłankę dotyczącą zapewnienia ochrony informacjom poufnym wykonawca wskazał, że jest w firmie tylko jedna osoba, która jest odpowiedzialna za przygotowanie oferty. Dodatkowym zabezpieczeniem przed ujawnieniem informacji jest ich szyfrowanie, korzystanie z jednego adresu e-mail, posiadanie stosownych systemów teleinformatycznych czy też działania prawne, a także wprowadzenie w firmie Polityki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa i posiadanie Certyfikatów Bezpieczeństwa Przemysłowego. W ocenie Zamawiającego, nie są to środki, które dają rękojmię zabezpieczenia informacji poufnych przed ich nieuprawnionym ujawnieniem. Wątpliwości budzi możliwość sporządzenia oferty jedynie przy udziale jednej osoby. Wydaje się oczywiste, że tego typu przedsięwzięcie realizuje cały zespół, a nie jedna osoba.

Co do posiadanych systemów informatycznych, zdaniem Zamawiającego, obecnie każdy z przedsiębiorców tego rodzaju systemy posiada. Skuteczność tych systemów pod względem ochrony informacji powinna być raczej wykazywana poprzez opisanie stosowanych procedur przyznawania uprawnień, procedur dostępu do poszczególnych informacji, czy stosowanie zabezpieczeń przeciwko ewentualnym atakom jako konkretnej procedury postępowania z informacją stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, czego wykonawca nie wykazał.

Posiadanie przez firmę Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego nie ma przełożenia na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż służy do ochrony informacji niejawnych, natomiast Polityka ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa zobowiązuje jedynie jego

pracowników do zachowania poufności, co w sytuacji korzystania z personelu zewnętrznego nie spełnia swojej roli. Treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji zawiera zdaniem Zamawiającego informacje ogólne, nie mające charakteru informacji poufnych.

Zamawiający uznał za zasadne utrzymanie w tajemnicy części ww. wykazów w zakresie dotyczącym projektów zrealizowanych na rzecz inwestora, z którym wykonawca zawarł i dołączył jako dowód do wyjaśnień, politykę ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, umowy o zachowaniu w poufności informacji z dnia 20.04.2022r. oraz umowy o zachowaniu poufności z dnia 12.09.2019 r. Wskazane w Wykazach projekty dotyczą zamówień realizowanych w związku z planowanymi inwestycjami zagranicznymi o znaczącej wartości, które wymagają złożonych relacji biznesowych.

3) Zarzut zaniechania odrzucenia oferty pomimo zaoferowania rażąco niskiej ceny
Zamawiający nie uwzględnił zarzutu.

W toku postępowania Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające dotyczące rażąco niskiej ceny w celu potwierdzenia, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu GRAPH'IT w sposób nie budzący wątpliwości wyjaśnił metodologię kalkulacji ceny oferty, czym wykazał, że poszczególne elementy składowe ceny oferty są realne i wiarygodne.

Zamawiający uznał za wiarygodną metodologię wyceny prac projektowych. Przyjęta przez wykonawcę stawka roboczogodziny od 47,62 zł do 148,81 zł przy wynagrodzeniu miesięcznym dla projektanta od 8.000 zł do 25.000 zł miesięcznie została przyjęta na poziomie rynkowym. Poparcie tej tezy wynika również z Raportu opracowanego przez Hays Poland za 2021: *„Wynagrodzenia architektów zależą oczywiście od wielu czynników, jak staż pracy, doświadczenie czy stanowisko. Miesięczne zarobki starszego architekta (architekta prowadzącego), zatrudnionego w biurze projektowym na pełen etat, kształtują się na przykład na poziomie 10-17 tys. zł brutto. Najczęściej oferowane wynagrodzenie na tym stanowisku wynosi 14 tys. zł. Nieco mniej zarabia szeregowy pracownik biura, architekt z doświadczeniem w realizacji wszystkich faz projektowych. Ten może liczyć na wynagrodzenie od 6 tys. do 13 tys. zł miesięcznie, przy czym zwykle otrzymuje 8 tys. zł. Podobnie zarabia architekt z doświadczeniem pracy w środowisku BIM (Archicad, Revit): minimalna płaca architekta na tym stanowisku wynosi 6 tys. zł, maksymalna – 12 tys. zł, ale najczęściej oferowana jest pensja w wysokości 7,5 tys. zł brutto. Najmniej zarabia młodszy architekt, od 3 do 7 tys. zł, choć zwykle dostaje on 5 tys. zł brutto.”*

Wiarygodne są również pozostałe składniki wynagrodzenia oraz przyjęte nakłady rzeczowe. Zamawiający dokonał dodatkowo analizy wartości ofert w podobnych postępowaniach na realizację dokumentacji projektowej, która wykazała, że zaoferowana przez GRAPH'IT cena ofertowa nie odbiega od wartości rynkowych. Za dowód mogą

posłużyć: pierwsze postępowanie przeprowadzone przez WAT na wybór wykonawcy „Opracowanie dokumentacji projektowej i kosztorysowej na budowę kompleksu dydaktycznego WAT” (postępowanie w trybie podstawowym - unieważnione w związku z zarzutem Izby Architektów RP dotyczący nieprawidłowego wyliczenia planowanej wartości prac projektowych) oraz postępowanie na „Opracowanie dokumentacji projektowej i kosztorysowej na budowę Centrum Innowacji Cyberbezpieczeństwa Wydziału Cybernetyki (postępowanie prowadzone w trybie podstawowym).

Powyższe przykłady wskazują na wartości za jakie wykonawcy są w stanie zrealizować takie lub zbliżone zakresem rzeczowym zamówienie, co wskazuje na niezgodne z prawdą powołanie się Odwołującego na zaniżenie wartości oferty GRAPH'IT w stosunku do cen rynkowych.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonując wyceny planowanej wartości prac projektowych oparł się na metodologii zgodnej z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym przyjmując kategorię złożoności obiektu - IV. Szacowana kwota podana przez Zamawiającego, którą wskazuje Odwołujący jako jeden z argumentów na potwierdzenie wywodzonej przez siebie tezy o rażąco niskiej cenie oferty GRAPH'IT, nie stanowi w opinii Zamawiającego wartości rynkowej, za którą ewentualny wykonawca jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia. Wartość oferty GRAPH'IT w opinii Zamawiającego, nie stanowi rażąco niskiej ceny.

4) Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
Zamawiający nie uwzględnił zarzutu.

Wobec uznania w części zarzutów powyżej i zobowiązania się do odtajnienia części dokumentów, Zamawiający uznał zarzut za bezzasadny. Odtajnienie ww. dokumentów daje wykonawcom możliwość zapoznania się z argumentacją w nich zawartą, a stanowiącą podstawę wyboru oferty. Zamawiający, zgodnie z art. 18 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych wyłączył jawność dokumentów, które firma GRAPH'IT prawidłowo zastrzegła w postępowaniu, jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Uznał, że ww. dokumenty spełniają wszystkie ustawowe przesłanki, dające podstawę do ich utajnienia, a czynności firmy GRAPH'IT podjęte w celu wyłączenia ich jawności były prawidłowe i skuteczne. Po otrzymaniu odwołania, Zamawiający ponownie dokonał analizy zastrzeżonych dokumentów, w następstwie czego część z nich zobowiązuje się odtajnić. Działania Zamawiającego prowadzone były zgodnie z obowiązującymi przepisami i wynikającymi z nich zasadami. Na żadnym etapie postępowania nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wobec powyższego zarzut należy uznać za bezpodstawny.

Przystępujący GRAPH'IT Sp. z o.o. oświadczył w toku posiedzenia, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba uznała za skuteczne przystąpienia wykonawcy Graph'it Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz wykonawcy TPF Sp. z o.o. przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego GRAPH'IT o odrzucenie odwołania z uwagi na wadliwość pełnomocnictwa załączonego do odwołania. Wskazane przez Przystępującego przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (par. 7 ust. 1 i par. 7 ust. 2) dotyczą dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie dotyczą natomiast postępowania odwoławczego, które ustawa reguluje odrębnie. Zgodnie z art. 508 Pzp, odwołanie może być wniesione w formie elektronicznej bądź pisemnej. W przypadku formy elektronicznej wymagany jest podpis elektroniczny kwalifikowany bądź podpis zaufany. Obie te formy są dopuszczalne, zgodnie natomiast z art. 99 § 1 k.c., w przypadku, gdy do czynności prawnej wymagana jest szczególna forma, tak jak w tym przypadku, zgodnie z art. 508 Pzp, forma pisemna lub elektroniczna, to pełnomocnictwo powinno być złożone w takiej samej formie. Ponadto, Zamawiający otrzymał odwołanie przesłanemu przez Odwołującego w formie elektronicznej, tj. oryginał odwołania wraz z pełnomocnictwem. Bezpodstawne jest zatem twierdzenie Przystępującego, że kopia odwołania została przekazana w formie pliku PDF.

Na podstawie art. 522 ust. 4 Pzp Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 2 i 3 Pzp w wyniku zaniechania odtajnienia informacji – imion i nazwisk osób oraz posiadanych przez te osoby uprawnień - wskazanych w załączniku nr 4 i załączniku nr 5 złożonych w ofercie wykonawcy GRAPH'IT, a także w zakresie treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji zawartych w załączniku nr 4 i nr 5 jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający uwzględnił powyższy zarzut we wskazanej części, a wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oświadczył w toku posiedzenia, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia w tej części zarzutu.

Zamawiający nie uwzględnił w części zarzutu naruszenia art. 18 ust. 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia treści wykazów (załącznik nr 4 i nr 5), tj. w zakresie dotyczącym projektów zrealizowanych na rzecz inwestora, dowodów dołączonych do uzasadnienia, tj. polityki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, umowy o zachowaniu w poufności informacji z dnia 20.04.2022 r. oraz umowy o zachowaniu poufności z dnia 12.09.2019 r. i w takim też zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 18 ust. 2 i 3 Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy GRAPH'IT dotyczących rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienia zastrzeżenia tych wyjaśnień, pomimo braku wykazania przesłanek uprawniających do objęcia informacji tam wskazanych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że wyjaśnienia w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny zostały złożone przez wykonawcę GRAPH'IT pismem z dnia 18 listopada 2022 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 listopada 2022 r. w trybie art. 224 ust.1 Pzp. Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający w dniu 5 grudnia 2022 r. udostępnił Odwołującemu część tego dokumentu obejmującą część strony nr 1, stronę nr 22 i 23.

Odnosząc się do powyższego zarzutu, Izba stwierdziła, że wykonawca GRAPH'IT nie wykazał spełnienia przesłanek pozwalających na wyłączenie jawności udzielonych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie całości informacji złożonych w ramach wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada jawności. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 Pzp). Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie

może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 Pzp. Przepis ten wymaga dla skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazania przez wykonawcę, tj. przedstawienia uwiarygodnionego dowodami uzasadnienia, że zastrzegane informacje spełniają wszystkie przesłanki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

Uzasadnienie przedstawione przez GRAPH'IT w zakresie utajnienia wyjaśnień (w piśmie z 18.11.2022 r.) dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny nie spełnia warunków skutecznego zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie to ma charakter bardzo ogólny, nie wskazuje żadnych konkretnych okoliczności, mogących stanowić podstawę utajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Podobny ogólny charakter ma też sam dokument stanowiący merytoryczne wyjaśnienia. W szczególności nie można uznać, że jako tajemnicę przedsiębiorstwa można zastrzec informacje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 18 listopada 2022 r. dotyczące obowiązujących przepisów prawa i ich interpretacji, odnoszące się do wartości zamówienia i porównania danego postępowania do innych postępowań, orzecznictwa KIO i sądów okręgowych, polemiki z zasadnością wezwania do wyjaśnień, ogólnych ocen co do posiadanego przez wykonawcę doświadczenia i jego wpływu na szacowanie oferty, ogólnej oceny skali prowadzonej działalności, co do której wykonawca sam wskazuje i powołuje się w treści wyjaśnień na informacje publicznie dostępne, a także co do ogólnego opisu zaplecza biurowo-logistycznego i technicznego, posiadania doświadczonego personelu, uzyskanej pomocy publicznej, itp.

Żadna z powyższych informacji osobno ani w łącznym zbiorze nie stanowi informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych lub handlowych o jakiegokolwiek wartości gospodarczej dla przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

W ocenie Izby, wyłącznie konkretne dane dotyczące polityki kadrowej i polityki wynagrodzeń wykonawcy GRAPH'IT wraz z kalkulacją, dane dotyczące kontrahentów, wysokość stosowanej marży, przykłady rozwiązań metodologicznych zrealizowanych przez wykonawcę nie powinny podlegać odtajnieniu, ponieważ są to informacje spełniające przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 uznk, tj. informacje podlegające ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Izby, dane powyższe są chronione przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, a uzasadnienie w tym zakresie zostało uprawdopodobnione przez wykonawcę i wynika m.in. z dowodów złożonych wraz z ofertą i uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa już na pierwszym etapie postępowania.

Wobec powyższego należało uznać, że co do większości treści wyjaśnień przedstawionych Zamawiającemu w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 18.11.2022 r. wykonawca GRAPH'IT nie wykazał, że informacje zawarte w ww. wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W przeważającej części zawarto tam jedynie ogólne

sformułowania, subiektywne poglądy i oceny wykonawcy oraz informacje dostępne dla ogółu, lub powszechnie znane osobom, zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo są łatwo dostępne dla takich osób.

Z uwagi na powyższe, odtajnienie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę GRAPH'IT jest w pełni uzasadnione we wskazanym zakresie, tj. z wyłączeniem konkretnych danych, wymienionych powyżej, które mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa oraz handlowy, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób. Co do tego rodzaju informacji wykonawca wykazał, że podjął działania w celu utrzymania ich w poufności.

Izba ustaliła ponadto, że wyjaśnienia złożone przez ww. wykonawcę, pismem z dnia 28 listopada 2022r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 listopada 2022r., zostały złożone w trybie art. 128 ust.4 Pzp i nie dotyczyły wyjaśnień rażąco niskiej ceny, lecz dotyczyły dokumentu złożonego na potrzeby oceny ofert w ramach kryteriów poza cenowych, tj. załącznika nr 4 w ofercie GRAPH'IT – „Wykaz w ramach kryterium doświadczenie zespołu projektowego”.

Zarzuty zawarte w odwołaniu nie obejmowały ww. wezwania i złożonych przez wykonawcę GRAPH'IT wyjaśnień, gdyż Odwołujący błędnie przyjął, że wyjaśnienia z dnia 28 listopada 2022 r. dotyczą podejrzenia rażąco niskiej ceny oferty.

Wobec powyższego, jedynie na marginesie Izba wskazuje, że wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w postępowaniu, jako dokument w postępowaniu, nie może podlegać utajnieniu. Wyjątkowo Zamawiający może nie udostępniać informacji zawartych w wezwaniu, które *stricte* zostały zaczerpnięte i odnoszą się do informacji skutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale pozostała część wezwania powinna być jawna dla wszystkich wykonawców, tak aby zagwarantować wykonawcom wiedzę odnośnie toku prowadzonego postępowania i czynności podejmowanych w postępowaniu przez Zamawiającego w odniesieniu do poszczególnych wykonawców i złożonych przez nich ofert. W tym przypadku Odwołujący takiej wiedzy nie posiadał. W tym kontekście podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie jest ograniczony w swoich działaniach zarzutami odwołania, wobec czego samodzielnie może w każdym momencie toczącego się postępowania skorygować własne czynności, dokonując oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę GRAPH'IT wyjaśnień z dnia 28 listopada 2022r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się natomiast do kwestii skuteczności zastrzeżenia treści dokumentów wymaganych na potrzeby oceny ofert w ramach kryterium nr 2 i nr 3, tj. załącznika nr 4 i nr 5 do SWZ: „Wykaz w ramach kryterium: doświadczenie zespołu projektowego” i „Wykaz w ramach kryterium: dodatkowego doświadczenie członków zespołu projektowego”, Izba

ustaliła, że zostały one złożone przez wykonawcę GRAPH'IT w ofercie i jednocześnie wykonawca wraz z ofertą złożył uzasadnienie zastrzeżenia treści ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba nie uwzględniła zarzutu w odniesieniu do dokumentów złożonych w celu oceny oferty w ramach poza cenowych kryteriów oceny ofert w zakresie, w jakim także Zamawiający nie uwzględnił tego zarzutu i wniósł o oddalenie odwołania. W ocenie Izby, zasadne jest zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji odnośnie projektów zrealizowanych na rzecz inwestora oraz dowodów dołączonych do uzasadnienia, tj. polityki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, umowy o zachowaniu w poufności informacji z dnia 20.04.2022r. oraz umowy o zachowaniu poufności z dnia 12.09.2019r.

Izba w pełni podziela pogląd prezentowany w orzecznictwie, że doświadczenie osób wchodzących w skład zespołu projektowego co do zasady nie korzysta z ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić jednak należy, że każdy przypadek powinien być oceniany indywidualnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy i specyfiki zamówienia.

Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 Antea Polska S.A., Pectore-Eco sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy przeciwko Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie, wskazał, że:

„Instytucja zamawiająca musi ustalić, czy ujawnienie tożsamości ekspertów lub podwykonawców, którzy zobowiązali się względem oferenta do udzielenia wsparcia przy realizacji tego zamówienia w razie jego udzielenia, może narazić tego oferenta, jak również owych ekspertów lub podwykonawców, na naruszenie ochrony poufności, o której mowa w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24. W tym celu instytucja zamawiająca musi uwzględnić wszystkie istotne okoliczności, w tym przedmiot danego zamówienia publicznego, a także zainteresowanie wspomnianego oferenta oraz owych ekspertów lub podwykonawców udziałem, przy zachowaniu tych samych zobowiązań wynegocjowanych w sposób poufny, w późniejszych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Nie można odmówić ujawnienia informacji przekazanych instytucji zamawiającej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli informacje te, choć są istotne dla danego postępowania o udzielenie zamówienia, nie mają żadnej wartości handlowej w szerszym kontekście działalności tych wykonawców.”

Ponadto *„W świetle tych rozważań i o ile prawdopodobne jest, że oferent oraz zaproponowani przez niego eksperci lub podwykonawcy stworzyli synergii o wartości handlowej, nie można wykluczyć konieczności odmowy dostępu do dotyczących tych zobowiązań danych identyfikacyjnych na podstawie zakazu ujawniania, o którym mowa w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24, ani możliwości takiej odmowy na podstawie art. 55 ust. 3 tej dyrektywy.”*

Natomiast „Jeżeli chodzi o dane nieidentyfikacyjne, które wskazują, bez możliwości identyfikacji osób, na kwalifikacje lub zdolności zawodowe osób fizycznych lub prawnych zaangażowanych do realizacji zamówienia, na liczebność i strukturę utworzonej w ten sposób kadry lub na część zamówienia, której realizację oferent zamierza powierzyć podwykonawcom, należy uznać, zważywszy na znaczenie tych danych dla udzielenia zamówienia, że zasada przejrzystości i prawo do skutecznego środka prawnego wymagają przynajmniej tego, by zasadnicza treść takich danych była dostępna dla wszystkich oferentów.”

Zatem, „art. 18 ust. 1, art. 21 ust. 1 i art. 55 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca musi – na potrzeby ustalenia, czy odmówi oferentowi, którego dopuszczalna oferta została odrzucona, dostępu do przedstawionych przez pozostałych oferentów informacji odnoszących się do ich stosownego doświadczenia i związanych z nim referencji, do tożsamości i kwalifikacji zawodowych osób proponowanych do wykonania zamówienia lub podwykonawców oraz do koncepcji projektów, które mają zostać zrealizowane w ramach zamówienia, i sposobu jego realizacji – ocenić, czy informacje te mają wartość handlową, która nie ogranicza się do danego zamówienia publicznego, gdyż ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym lub uczciwej konkurencji. Instytucja zamawiająca może ponadto odmówić udzielenia dostępu do tych informacji, jeżeli – nawet gdy nie mają one takiej wartości handlowej – ich ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym. Instytucja zamawiająca musi, w przypadku odmowy pełnego dostępu do informacji, udzielić owemu oferentowi dostępu do zasadniczej treści tych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego.”

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postawił wysokie wymagania odnośnie doświadczenia osób, którymi dysponuje wykonawca na potrzeby realizacji zamówienia, przypisując tym wymaganiom wagę w ramach kryteriów oceny ofert. Zauważyć należy, że doświadczenie osób na takim poziomie nie zostało wykazane przez pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty. Wskazuje to jednoznacznie na fakt, że na tym rynku istotnie ograniczona jest liczba osób z doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego i zarazem punktowanym dodatkowo w ramach kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu. Pozyskanie takich ekspertów przez innych wykonawców może istotnie przysporzyć im korzyści w stosunku do ich dotychczasowej pozycji na rynku w tym zakresie. Ponadto, wykazane inwestycje ujawniają relacje biznesowe Przystępującego, które w powiązaniu ze strategią firmy, mogą mieć istotne znaczenie i wartość gospodarczą dla tego wykonawcy. Fakt pozostawiania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych oraz informacje ujawniające elementy ich współpracy mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa. Ujawnienie takich informacji może potencjalnie wpłynąć na zaburzenie

konkurencji, zwłaszcza na rynkach o wąskiej specjalizacji, w których o przewadze konkurencyjnej danego podmiotu mogą decydować konkretne relacje biznesowe. Ujawnienie takich relacji może stanowić cenną informację dla konkurentów, którzy podejmując działania zmierzające do zmiany, czy też zaburzenia tych relacji, mogą wpłynąć na aktualną pozycję rynkową danego podmiotu.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, Zamawiający słusznie uznał za zasadne utrzymanie w poufności części ww. wykazów w zakresie dotyczącym projektów zrealizowanych na rzecz inwestora, z którym wykonawca współpracuje, i dołączył jako dowód do wyjaśnień, politykę ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, umowy o zachowaniu w poufności informacji z dnia 20.04.2022 r. oraz umowy o zachowaniu poufności z dnia 12.09.2019 r. Wskazane w Wykazach projekty dotyczą zamówień realizowanych w związku z planowanymi inwestycjami zagranicznymi o znaczącej wartości, które wymagają złożonych relacji biznesowych.

W związku z uwzględnieniem przez Izbę zarzutu nr 1 w części, co może mieć istotne znaczenie dla Odwołującego w kontekście sformułowanych w odwołaniu zarzutów ewentualnych, nie podlegały rozpoznaniu na tym etapie zarzuty ewentualne, tj.:

- zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty GRAPH'IT pomimo, iż oferta ta podlega odrzuceniu;
- zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty GRAPH'IT, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 5 Pzp;
- zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy.

W zakresie powyższych zarzutów będzie przysługiwało Odwołującemu prawo wniesienia środka ochrony prawnej w formie odwołania - w terminie ustawowym liczonym od dnia, w którym dokumenty nieskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa – wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zostaną przez Zamawiającego odtajnione i udostępnione wykonawcom, w tym Odwołującemu.

Powyższe dotyczy także możliwości kwestionowania treści wykazów (załącznik nr 4 i nr 5) złożonych w ofercie GRAPH'IT po odtajnieniu części informacji - w terminie ustawowym na wniesienie odwołania liczonym od dnia udostępnienia przez Zamawiającego odtajnionych informacji, do czego Zamawiający się zobowiązał uwzględniając w części dany zarzut.

Powyższe uprawnienie wykonawców potwierdził jednoznacznie Trybunał Sprawiedliwości UE w cytowanym powyżej wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 wskazując, że: „Artykuł 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r., należy interpretować w ten sposób, iż: w przypadku stwierdzenia w toku rozpatrywania odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego, że instytucja zamawiająca ma obowiązek ujawnić odwołującemu się informacje, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność, oraz że ze względu na nieujawnienie tych informacji naruszono prawo do skutecznego środka prawnego, stwierdzenie to nie musi koniecznie prowadzić do wydania przez tę instytucję zamawiającą ponownej decyzji o udzieleniu zamówienia, o ile krajowe prawo proceduralne pozwala sądowi rozpatrującemu sprawę na zastosowanie w toku postępowania środków przywracających poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego lub na uznanie, że odwołujący się może ponownie wnieść odwołanie od już podjętej decyzji o udzieleniu zamówienia. Bieg terminu na wniesienie takiego odwołania może rozpocząć się dopiero w dniu, w którym ów odwołujący się uzyskał dostęp do wszystkich informacji, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.”

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553, art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: