

Sygn. akt: KIO 679/23

WYROK
z dnia 24 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2023 r. przez wykonawcę **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd do Spraw Cudzoziemców w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **COIG S.A. z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Urząd do Spraw Cudzoziemców w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w utajnionej części formularza ofertowego (informacje zawarte w tabelach), wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników do tych wyjaśnień, a także załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych przez Wykonawcę – COIG S.A., ul. Mikołowska 100, Katowice
2. Kosztami postępowania obciąża COIG S.A. z siedzibą w Katowicach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od COIG S.A. z siedzibą w Katowicach na rzecz Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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

Urząd do spraw Cudzoziemców w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i drożenie rozwiązania typu Business Intelligence w Urzędzie do Spraw Cudzoziemców wraz ze świadczeniem Serwisu Utrzymaniowego i Usług Rozwoju” – nr postępowania: 14/BUSINESS INTELLIGENCE/PN/22. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 06.05.2022 r. pod nr 2022/S 089-240478.

W dniu 10 marca 2023 r. wykonawca Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu utajnionej części formularza ofertowego, wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników do tych wyjaśnień, a także załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych przez Wykonawcę – COIG S.A., ul, Mikołowska 100, Katowice (dalej „COIG”);
- 2) art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy COIG, mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę (zarzut zgłoszony jako ewentualny – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu utajnionej części formularza ofertowego, wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy COIG wraz z załącznikami oraz załączników do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa; Odwołujący wnosil o nierozpatrywanie tego zarzutu w przypadku uwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny z załącznikami oraz załączników do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa – z zaznaczeniem przedwczesności tego zarzutu w uzasadnieniu odwołania);

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;

- 3) udostępnienia Odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania, w szczególności wyjaśnień utajnionej części formularza ofertowego, rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami oraz załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy COIG;
- 4) dokonanie ponownej oceny ofert;
- 5) ponownej oceny ofert oraz ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący wskazał jak następuje:

Ad. zarzut nr 1 – naruszenie art. 18 ust. 1 i ust. 3 PZP poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu utajnionej części formularza ofertowego, wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami oraz załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych przez Wykonawcę COIG

Odwołujący wskazał, że jak wynika z treści dokumentu „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa” Wykonawca COIG zastrzegł część formularza ofertowego, w którym zawarte są informacje o oferowanych cenach jednostkowych oraz cenach poszczególnych etapów realizacji umowy. Wykonawca ten zastrzegł również uzasadnienie zastrzeżenia tej części oferty, czyli sam dokument „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa”. Dokument ten został odtajniony przez Zamawiającego, co wynika z treści pisma Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2023 r. Odwołujący poparł argumentację Zamawiającego odwołującą się do wyroku z dnia 23 listopada 2018 r., sygn. KIO 2314/18.

Dalej Odwołujący wskazał, że tym samym pismem Zamawiający poinformował również Wykonawcę COIG o odtajnieniu dokumentów dotyczących podwykonawców (i jednocześnie podmiotów udostępniających Wykonawcy COIG zasoby: SAS Institute Sp. z o.o. oraz GABOS Software Sp. z o.o. – ze względu na wskazanie przez Wykonawcę COIG nazw podwykonawców w jawnej części JEDZ. Zarówno treść tego pisma Zamawiającego, jak i uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączone do oferty Wykonawcy COIG, zostało Odwołującemu udostępnione po wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący podał, że również w tym samym dniu udostępnione mu zostały: wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a także złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 9 stycznia 2023 r. – część jawna (w praktyce ograniczające się do uzasadnienia ich zastrzeżenia, ponieważ treść zawarta na str. 1 wyjaśnień jest wstępem zawierającym w każdym wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny, i sprowadzającym się do ogólnych deklaracji o rzetelności kalkulacji). Załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz cała reszta dokumentu wyjaśnień rażąco niskiej ceny została utajniona i nie została Odwołującemu udostępniona w żadnym fragmencie, podobnie załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący, po pierwsze, podkreślił, że działanie polegające na utajnieniu całych dokumentów (pisma Wykonawcy COIG, zawierającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz załączników do niego i załączników do uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień RNC) nie znajduje podstaw w przepisach PZP i jest uznawane za jednoznacznie nieprawidłowe. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2022 r., sygn. KIO 290/22. Odwołujący podkreślił, że na fakt ten zwrócił również uwagę sam Zamawiający w piśmie z dnia 4 stycznia 2023 r., zawierającym informację o odtajnieniu złożonego wraz z ofertą „Zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”. Odwołujący wskazał, że zasada ta powinna być przez Zamawiającego konsekwentnie stosowana podczas całego procesu udzielania zamówienia publicznego, a więc również w odniesieniu do dokumentu dotyczącego wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Dalej Odwołujący podkreślił, że zasadność zastrzeżenia całego dokumentu jest zjawiskiem bardzo rzadkim i dotyczy specyficznych dokumentów (np. w sytuacji, gdy ze względu na charakter zastrzeganych informacji w zasadzie całość dokumentu i tak podlegałaby utajnieniu, lub też w przypadku, gdy ujawnieniu z danego dokumentu podlegałyby wyłącznie informacje szczątkowe, albo przekopiowane z wymagań SWZ). Jednak w odniesieniu do większości dokumentów wykonawcy zdecydowanie mogą podjąć takie działania, aby utajnieniu podlegały jedynie określone informacje. Odwołujący stwierdził, że ma to istotne znaczenie, ponieważ tylko w taki sposób istnieje możliwość pogodzenia zasady jawności postępowania z respektowaniem prawa wykonawcy do ochrony jego tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych Sygn. akt XXIII Zs 53/21 z dnia 1 października 2021 r.

Odwołujący podkreślił, że już tylko z tego względu zarzut należy uznać za uzasadniony – nawet jeśli bowiem w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i załącznikach do tych wyjaśnień albo załącznikach do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy znajdują się określone informacje, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (co Odwołujący będzie kwestionował w dalszej części odwołania), i nawet jeśli zostały one skutecznie przez Wykonawcę TSS (*Odwołujący w treści odwołania błędnie odwołał się do nazwy wykonawcy, którego zastrzeżenie tajemnicy kwestionował*) zastrzeżone (co również Odwołujący będzie kwestionował w dalszej części odwołania), to z pewnością nie może podlegać zastrzeżeniu cały dokument, a jedynie określone, skutecznie zastrzeżone informacje. W opinii Odwołującego co najmniej zatem Zamawiający winien udostępnić Odwołującemu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, złożone przez Wykonawcę COIG, a także załączniki do tych wyjaśnień i załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień RNC, w sposób zapewniający tajność informacji rzeczywiście skutecznie zastrzeżonych (np. przez ich zaciemnienie). W ocenie Odwołującego, działanie

Zamawiającego niewątpliwie naruszało dyspozycję art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, niezależnie od treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonego przez Wykonawcę COIG.

W dalszej kolejności Odwołujący stwierdził, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożone przez Wykonawcę COIG, nie stanowi podstawy do skutecznego – w świetle dyspozycji art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Odwołujący podkreślił, że w ostatnim okresie w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej i sądu zamówień publicznych temat skutecznego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w szczególności w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny) omawiany był bardzo szeroko. W konsekwencji judykatura wypracowała dość precyzyjne stanowisko dotyczące kwestii, które powinny być podniesione w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy, szczegółowości tego uzasadnienia, sposobów wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji itp. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2021 r., sygn. KIO 1949/21, wskazując, że nie ulega wątpliwości, że po pierwsze – zastrzeżenie informacji jest wyjątkiem od jednej z podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (zasady jawności postępowania) i jako takie winno być traktowane ściśle; po drugie – na wykonawcy zastrzegającym informacje ciąży ciężar dowodu, że spełnione zostały wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK (powinny one być opisane w uzasadnieniu zastrzeżenia i potwierdzone załączonymi do uzasadnienia dowodami); po trzecie – wartość gospodarcza, która mogłaby stanowić uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy, musi mieć charakter zobiektywizowany. Odwołujący podkreślił, że w wyroku z dnia 1 kwietnia 2021 r., sygn. KIO 500/21 skład orzekający Izby wskazał ponadto na istotny element, który powinien być przez wykonawców wykazany w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a którego w uzasadnieniu zastrzeżenia Wykonawcy TSS (*znów błędne przywołanie nazwy wykonawcy*) nie ma w ogóle – wykazanie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Odwołujący podkreślił, że argumenty z wyroku KIO 500/21 zostały nie tylko podtrzymane, ale wręcz wzmocnione w toku kontroli instancyjnej, w wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych Sygn. akt XXIII Zs 53/21 z dnia 1 października 2021 r. Dalej Odwołujący wskazał, że pogląd ten podzielił także skład orzekający Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21. Podsumowując Odwołujący stwierdził, że w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonym przez Wykonawcę COIG (zarówno w zakresie formularza ofertowego, jak i wyjaśnień RNC), brak jest podstawowych elementów umożliwiających uznanie tego uzasadnienia za skuteczne w świetle brzmienia art. 18 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 11 ust. 2 UZNK i wykładni językowej oraz celowościowej tych przepisów.

Co do zastrzeżenia przez COIG formularza ofertowego Odwołujący podkreślił, że jak wskazał COIG w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w części

dotyczącej utajnionego formularza ofertowego): *„Kalkulacja wynagrodzenia przedstawiona przez Wykonawcę w zastrzeżonej części formularza ofertowego odnosi się wyłącznie do sposobu realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia i została opracowana przez Wykonawcę wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania. Nie była wcześniej wykorzystywana, ani tym bardziej ujawniana do wiadomości publicznej, jest informacją organizacyjną przedsiębiorstwa, posiadającą wartość gospodarczą jako jednostkowo stworzona, indywidualna koncepcja realizacji zamówienia.”* Odwołujący wywiódł z powyższego, że nie sposób stwierdzić na podstawie tego uzasadnienia, dlaczego sposób kalkulacji ceny w niniejszym postępowaniu przez Wykonawcę COIG miałby mieć charakter unikatowy i stanowić jego know-how podlegające szczególnej ochronie. Fakt, że każdy przedsiębiorca w sposób właściwy dla siebie dokonuje kalkulacji ceny, nie jest jeszcze w żaden sposób okolicznością uzasadniającą jej charakter jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Odwołujący stwierdził, że COIG nie poparł żadnym dowodami stwierdzenia, że ujawnienie metodyki kalkulacji ceny w niniejszym postępowaniu mogłoby mu przynieść jakąkolwiek szkodę (oprócz oczywistej szkody w postaci narażenia się na odrzucenie jego oferty po dokonaniu przez innych wykonawców weryfikacji poprawności tej kalkulacji – tego rodzaju „szkoda” nie może jednak stanowić uzasadnienia dla utajniania jakichkolwiek informacji). Dalej Odwołujący wywodził, że twierdzenia Wykonawcy COIG w zakresie podstaw zastrzeżenia jawności kalkulacji ceny są jednocześnie wewnątrznie sprzeczne. Wykonawca ten podkreślał bowiem, że kalkulacja ceny w niniejszym postępowaniu ma charakter indywidualny i została opracowana przez Wykonawcę wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania, a jednocześnie stwierdza, iż *„Po analizie tych informacji konkurent Wykonawcy w innym postępowaniu będzie w stanie zaoferować warunki cenowe minimalnie korzystniejsze i tym samym może pozbawić Wykonawcę szans na uzyskanie zamówienia, co niewątpliwie narazi Wykonawcę na szkodę.”* Odwołujący wskazywał, że jeśli rzeczywiście metodyka ta miałaby mieć charakter indywidualny (opracowany tylko na potrzeby niniejszego postępowania), to jej ujawnienie nie może stanowić zagrożenia dla przyszłej działalności rynkowej Wykonawcy COIG, a tym samym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy jest w tym zakresie oparte na niewłaściwej argumentacji i jako takie nie zasługuje na respektowanie. Odniesć można wrażenie, że cała argumentacja dotycząca konieczności rzekomej ochrony wyceny jest oparta na zbiorze przypadkowych, nieprzemyślanych i stylistycznie dobrze brzmiących, lecz merytorycznie płytkich twierdzeń. Większość argumentów zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy to sformułowania oczywiste, opisujące okoliczności działalności rynkowej właściwe dla każdego przedsiębiorcy, lecz nie mogące stanowić dostatecznego uzasadnienia dla stosowania wyjątku od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podsumowując ten aspekt Odwołujący podkreślił, że COIG nie

wykazał jakiegokolwiek wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wykonawca COIG w żaden sposób wartości gospodarczej zastrzeganych informacji nie opisał, ani też nie próbował wykazać, na czym miałyby one polegać, ani jak wysoka miałyby one być. Jak wynika z przywołanych wyżej orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i sądu zamówień publicznych, brak wykazania wartości gospodarczej uniemożliwia uznanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za dokonane skutecznie, nie została bowiem spełniona przesłanka wykazania, iż określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK.

Co do zastrzeżenia przez COIG załączników do uzasadnienia zastrzeżenia formularza ofertowego, Odwołujący wskazał, że brak w uzasadnieniu zastrzeżenia jakiegokolwiek uzasadnienia dla zastrzeżenia załącznika do tego zastrzeżenia (uchwała nr 1 w sprawie Polityki Bezpieczeństwa Informacji COIG S.A.). Skoro Zamawiający udostępnił Odwołującemu całość uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, złożonego wraz z ofertą Wykonawcy COIG, nie ma podstaw, aby tajny pozostał załącznik do tego uzasadnienia, to jest wspomniana uchwała – tym bardziej, że w treści uzasadnienia nie ma żadnej wzmianki o tym, dlaczego uchwała ta miałyby być tajna. Odwołujący podkreślił, że nie są wykazane żadne przesłanki jej zastrzeżenia, konieczne w świetle art. 11 ust. 2 UZMK w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Dalej, co do zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołujący stwierdził, że ani w uzasadnieniu zastrzeżenia formularza ofertowego, ani w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie sposób doszukać się również przesłanek uzasadniających utrzymanie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do kalkulacji ceny Wykonawcy COIG. W ocenie Odwołującego, COIG przede wszystkim nie wykazał w żaden sposób wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Co więcej, Wykonawca ten wprost przyznał, że wartość ta „*jest oczywista*”, a tym samym – jak należy domniemywać – Wykonawca ten czuł się zwolniony z obowiązku jej wykazywania. Wadliwość takiego toku myślenia, potwierdzona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu zamówień publicznych, została opisana we wcześniejszej części odwołania. Brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji sam w sobie dyskwalifikuje skuteczność zastrzeżenia zarówno formularza ofertowego, jak i wyjaśnień RNC – w całości. Ponadto Odwołujący wskazał, że niezależnie od powyższego, z pewnością nie znajduje podstaw zastrzeżenie informacji w zakresie dotyczącym informacji od podwykonawców. Wykonawca COIG oparł bowiem zastrzeżenie tajemnicy w zakresie wyjaśnień RNC w części, która opiera się o oferty podwykonawców, o fakt zastrzeżenia kontaktów handlowych. Dane podwykonawców zostały jednak, jak słusznie zauważył Zamawiający, ujawnione przez samego Wykonawcę COIG w JEDZ, co skutkowało odtajnieniem dokumentów dotyczących podwykonawców jeszcze przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. Nieskuteczna jest zatem cała argumentacja Wykonawcy COIG,

która była podstawą zastrzeżenia wyjaśnień RNC w zakresie kalkulacji podwykonawców. Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, że udostępnione powinny być zatem (co najmniej) nie tylko oferty podwykonawców, lecz także te fragmenty wyjaśnień RNC i formularza ofertowego, które wynikają z ofert podwykonawców i z dokonanych przez tych podwykonawców kalkulacji. Jeśli bowiem jedyną podstawą do utajnienia tych informacji był zamiar ochrony kontaktów handlowych, a zamiar ten upadł w związku z ujawnieniem informacji o kontaktach handlowych przez samego Wykonawcę COIG i informacje te stały się jawne – nie ma żadnych innych podstaw do utajnienia informacji dotyczących kalkulacji podwykonawców. Żadne inne podstawy nie zostały bowiem przez Wykonawcę COIG wskazane w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy.

Dalej, Odwołujący wskazał, że wykonawca COIG zastrzegł również załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy wyjaśnień RNC, przy czym podstaw do utajnienia tych dokumentów ani w żaden sposób nie uzasadnił, ani nawet nie wyjaśnił. Nie wiadomo zatem, dlaczego niejawnie mają pozostać następujące dokumenty:

- 1) Wyciąg z dokumentu „Polityka Bezpieczeństwa Informacji COIG SA”
- 2) Wyciąg z dokumentu „Procedura Wejścia/wyjścia do/z budynku COIG SA”
- 3) Wyciąg z dokumentu „Instrukcja zarządzania systemem informatycznym służącym do przetwarzania danych osobowych i chronionych w COIG SA”
- 4) Certyfikat ISO 9001:2015
- 5) Certyfikat ISO/IEC 27001:2013.

Odwołujący podkreślił, że nawet jeśli istnieje jakieś uzasadnienie dla zastrzeżenia tych dokumentów (co wydaje się Odwołującemu wątpliwe, trudno bowiem uznać, że mogą się tam znajdować jakieś informacje posiadające wartość gospodarczą, szczególnie dotyczy to certyfikatów), to uzasadnienie to nie zostało zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy COIG, co uzasadnia konieczność ujawnienia wskazanych dokumentów.

Ad. zarzut nr 2 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy COIG, mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę

Odwołujący podkreślił, że powyższy zarzut zgłoszony został jako ewentualny – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy COIG wraz z załącznikami i załączników do uzasadnienia zastrzeżenia. W przypadku uwzględnienia zarzutu nr 1 Odwołujący wnosił o nierozpatrywanie zarzutu nr 2 jako przedwczesnego, i zaznaczenie tego faktu w uzasadnieniu rozstrzygnięcia.

Przedstawiając argumentację Odwołujący wskazał, że przy rozpatrywaniu tego zarzutu należy wziąć pod uwagę kwestię, że w przedmiotowym postępowaniu powstało domniemanie rażąco niskiej ceny - wynika to z porównania ceny oferty ze średnią wartością

wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Oferta wykonawcy COIG jest niższa o 38% od średniej wartości ofert złożonych w postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że powstanie takiego domniemania skutkuje tym, że tak długo, jak nie zostanie ono obalone przez Konsorcjum - oferta ta podlega odrzuceniu. W tym miejscu należy także wskazać, że wszczęcie przez Zamawiającego procedury wyjaśnień (wezwanie) powoduje, że od tego momentu ciężar wykazania, że cena oferty wezwanego wykonawcy nie jest ceną rażąco niską, spoczywa na wykonawcy. Obalenie tego domniemania powinno obejmować wszystkie elementy wskazane w wezwaniu do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień RNC zaznaczył, że Odwołujący powinien załączyć dowody potwierdzające wyjaśnienia RNC. Składając przedmiotowe wyjaśnienia Wykonawca COIG powinien był wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, i w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana.

Dalej Odwołujący podkreślił, że COIG powinien był złożyć szczegółowe wyjaśnienia co do tego, jak została wyliczona cena, biorąc pod uwagę różne czynniki wpływające na cenę. W tym między innymi powinien wziąć pod uwagę koszt zakupu infrastruktury sprzętowo-systemowej, koszt zakupu licencji oprogramowania, koszty pracy, których kalkulacja winna być dokonana w oparciu o określoną w Opisie Przedmiotu Zamówienia liczbę osobogodzin, wskazać dobór pracowników, który pozwoli na wykonanie zamówienia w określonej liczbie osobogodzin, wskazać w związku z tym przypisane im stawki wynagrodzenia. Zamawiający zaś powinien szczegółowo sprawdzić, czy przedstawiony przez wykonawcę personel jest wystarczający, i czy nie ma do czynienia z ukryciem części zespołu w celu zaniżenia ceny oferty. Ponadto odwołujący stwierdził, że kluczową kwestią, którą należało wykazać w Wyjaśnieniach RNC, są koszty osobowe - są to koszty wynagrodzenia personelu, który będzie realizował przedmiot zamówienia. W ocenie Odwołującego, w celu wykazania kosztów osobowych konieczne jest: wskazanie w Wyjaśnieniach RNC w sposób konkretny liczby osób, które będą realizowały przedmiot zamówienia, oraz dołączenie dowodów wykazujących koszty zatrudnienia każdej z tych osób, w tym: koszty wynagrodzeń i pochodnych, koszty wynagrodzeń związanych z urlopami, nieobecnościami, itp., koszty szkoleń, koszty podróży służbowych.

Odwołujący stwierdził, że oferowana przez COIG łączna cena brutto 3 957 775,00 zł jest bez wątplenia ceną rażąco niską, która nie zapewni właściwej realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, iż przedmiot zamówienia poza 6 etapami wykonawczymi, w tym rozbudowanymi oraz długotrwałymi usługami utrzymaniowymi, obejmuje również dostawę ściśle określonych komponentów sprzętowych oraz ściśle określonego oprogramowania narzędziowego. Komponentami tymi są: licencje na Oprogramowanie Systemu Business Intelligence, serwery typu blade, rozbudowa macierzy dyskowej, licencje na oprogramowanie

do tworzenia backupów, licencje na oprogramowanie do wirtualizacji serwerów, oprogramowanie bazodanowe, oprogramowanie systemu operacyjnego serwera, oprogramowanie antywirusowe, infrastruktura sprzętowa niezbędna do połączenia z infrastrukturą serwerową UdSC. Odwołujący podkreślił, że z uwagi na fakt, iż dostawa infrastruktury sprzętowo-systemowej oraz oprogramowania narzędziowego w dużej mierze stanowi rozbudowę posiadanej już przez Zamawiającego infrastruktury, Opis Przedmiotu Zamówienia w wielu miejscach precyzyjnie określa konkretne elementy będące w tym zakresie przedmiotem zamówienia, są to w szczególności: co najmniej 2 serwery HPE Synergy 480 Gen10, co najmniej 4 x półka dyskowa do macierzy HPE 3PAR 8440, oprogramowanie narzędziowe VMware vSphere 7 EntPlus, oprogramowanie narzędziowe Veeam Availability Suite Enterprise Plus, oprogramowanie narzędziowe Trend Micro Antivirus Deep Security - Malware Prevention.

Odwołujący podkreślił, że jako pomiot z ogromnym doświadczeniem na rynku oraz znajomością cen i polityk cenowych poszczególnych producentów, jest w stanie z dużym prawdopodobieństwem określić minimalny poziom cenowy elementów infrastruktury sprzętowo-systemowej oraz standardowego oprogramowania narzędziowego, będącego przedmiotem zamówienia. Zdając się na wiedzę rynkową oraz znajomość polityk cenowych producentów, jak również uwzględniając możliwie minimalną konfigurację poszczególnych komponentów dopuszczoną w SWZ, Odwołujący określił, iż:

- koszt zakupu oprogramowania narzędziowego VMware, Veeam oraz Trend Micro nie powinien być niższy niż 150 000 zł netto / 184 500 zł brutto. Oferta dystrybutorów oprogramowania dla Odwołującego w tym zakresie wynosiła 159 150 zł netto.

- koszt zakupu serwerów oraz elementów rozbudowy macierzy dyskowych HPE nie powinien być niższy niż 1 500 000 zł netto / 1 845 000 zł brutto. Oferta infrastruktury HPE dla Odwołującego w tym zakresie wynosiła 2 178 580,81 zł netto.

- wśród pozostałych wymaganych dostaw są w szczególności licencje na Oprogramowanie Systemu Business Intelligence. Zamawiający postawił dość zaawansowane wymagania funkcjonalne oraz techniczne dla wymaganego oprogramowania. Na rynku istnieje wielu producentów posiadających oprogramowania mogące spełnić postawione wymagania, natomiast z pewnością nie jest możliwe spełnienie tych wymagań ofertując oprogramowanie typu open source. Wśród producentów oprogramowania spełniającego wymagania Zamawiającego wskazać można takich producentów jak Oracle, IBM, Microsoft, SAS Institute. Z uwagi na wymaganą ilość licencji (500 użytkowników), nieprawdopodobnym, aby koszt licencji Oprogramowania Business Intelligence oraz oprogramowania bazodanowego któregoś z tej klasy producentów był niższy niż 700 000 zł netto / 861 000 zł brutto.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący stwierdził, że zakup wymaganych, niezbędnych komponentów infrastrukturalnych oraz oprogramowania narzędziowego, systemowego,

bazodanowego i Business Intelligence, w możliwie najniższej konfiguracji oraz w wyjątkowo najniższych cenach, które możliwe są do uzyskania, łączny koszt tych komponentów to co najmniej 2 350 000 zł netto / 2 890 500 zł brutto, co musi stanowić co najmniej 73% ceny oferty Wykonawcy COIG.

Odwołujący wskazał, że pozostała kwota wynagrodzenia Wykonawcy COIG tj. kwota 867 703,25 zł netto / 1 067 275,00 zł brutto, nie jest możliwa realizacja pozostałych wymaganych w ramach zamówienia dostaw i usług. Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu zdefiniował minimalny zespół niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia składający się z 5 osób. W oczywisty sposób zespół ten nie zawiera innych niezbędnych ról projektowych, jak np. programiści, testerzy, inżynierowie systemowi. Zakładając zatem, iż minimalny zespół powinien liczyć 11 osób, które będą zaangażowane w projekt jedynie w 50% wymiaru czasu pracy, oraz biorąc pod uwagę czas trwania projektu, otrzymujemy wymiar czasu pracy na poziomie 924 osobodni (przy czym pracochłonność tak jest w ocenie Odwołującego zdecydowanie zaniżona). Oprócz tego należy doliczyć: pracochłonność zapewnienia Serwisu Utrzymaniowego; pracochłonność prac rozwojowych w wymiarze 150 roboczogodzin; pracochłonność 24-miesięcznych usług gwarancyjnych, wymagających zapewnienia personelu w reżimie 7 dni w tygodniu, 24 godziny na dobę.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że szacując bardzo optymistycznie, iż pracochłonność w/w usług wyniesie jedynie 197 osobodni, otrzymuje się łącznie 1121 osobodni. Oznacza to, że konstruując ofertę COIG musiałby przyjąć stawkę za osobodzień maksymalnie na poziomie 774,04 zł netto lub niższą, co w obecnych realiach gospodarczych jest stawką, która nie może pokryć kosztów pracy personelu (jest stawką nierealną).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca COIG S.A.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 marca 2023 r. Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględni w całości zarzut podniesiony w odwołaniu w pkt 1) oraz że zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, zobowiązuje się do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, odtajnienia dokumentów Wykonawcy COIG S.A. wymienionej w treści odwołania, tj.: utajnionej części formularza ofertowego, wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami oraz załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy COIG i w konsekwencji dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 20 marca 2023 r. wykonawca COIG S.A. zgłosił sprzeciw co do całości zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, oświadczając że zarzut nr 2 jest zarzutem ewentualnym, o którego rozpoznanie wnosi wyłącznie w sytuacji gdy Izba nie uwzględni zarzutu oznaczonego nr 1 w petitum odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, w zakresie rozpatrywanego zarzutu, że składając ofertę wykonawca COIG zastrzegł szereg zawartych w niej informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający za pismem z dnia 4 stycznia 2022 r. poinformował wykonawcę COIG, że zbadawszy zasadność dokonanego przez Wykonawcę zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów dołączonych do oferty, stwierdza, że w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), zwanej dalej „u.z.n.k.”, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa:

- a) Oświadczenia JEDZ podmiotów: SAS Institute Sp. z o.o. oraz Gabos Software Sp. z o.o.,
- b) Oświadczenia podmiotów udostępniających zasoby – Załącznik nr 12 do SWZ: SAS Institute Sp. z o.o. oraz Gabos Software Sp. z o.o.,
- c) Pełnomocnictwo podmiotu trzeciego SAS Institute Sp. z o.o. dla p. A. Walkiewicz,

d) Zobowiązania podmiotów do udostępnienia zasobów – Załącznik nr 4 do SWZ: SAS Institute Sp. z o.o. oraz Gabos Software Sp. z o.o.,

e) Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie części oznaczonej jako „tajna”.

Wykonawca COIG nie kwestionował tej czynności Zamawiającego.

Ponadto w następstwie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty wykonawca COIG złożył w dniu 9 stycznia 2023 r. wyjaśnienia, w których oświadczył, że w części niejawnego niniejszego pisma, oznaczonej jako „CZĘŚĆ NIEJAWNA. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”, przedstawiona została szczegółowa kalkulacja ceny oferty oraz dowody na ich poparcie, jak również – zgodnie z żądaniem zawartym w Wezwaniu do wyjaśnień - szczegółowe wyjaśnienia dotyczące oprogramowania systemu operacyjnego serwera. Wykonawca w przedmiotowym piśmie przedstawił również uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający uznał za jawne jedynie wskazane wyżej dokumenty za pismem z dn. 4 stycznia 2023 r., w pozostałym zakresie uznając, że zastrzeżenie zostało dokonane w sposób prawidłowy.

Po analizie uzasadnień zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przedłożonych przez COIG, Izba stwierdziła, że na uwzględnienie zasługuje zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu utajnionej części formularza ofertowego, wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników do tych wyjaśnień, a także załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych przez Wykonawcę – COIG.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba kierowała się wytycznymi aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 500/21, wyrok z dnia 26 października 2021 r., sygn. akt KIO 2571/21, wyrok z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt KIO 464/22), Sądu Zamówień Publicznych (m.in. wyrok z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, wyrok z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21, wyrok z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22) i TSUE (wyrok z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21) uznając, że priorytetem przy wydatkowaniu środków publicznych powinna być jawność, transparentność i przejrzystość.

Na wstępie przypomnienia wymaga, że fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania wyrażona wprost w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Nie ulega wątpliwości, że wykładnia ww. przepisów powinna być

dokonywana z uwzględnieniem zasad, do stosowania których zamawiający zobowiązany jest w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności (art. 16 ustawy Pzp). W świetle przywołanych powyżej zasad, wszelkie wyłączenia czy ograniczenia zasady jawności powinny być stosowane bardzo rygorystycznie. W tym też duchu powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenia jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady, powinny podlegać wykładni zawężającej, aby ich zastosowanie nie prowadziło do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania czy zachowania tych zasad w szczątkowej, fasadowej postaci.

Zasadniczy wyjątek, jaki ustanawia ustawa Pzp, pozwalający na odstępstwo od zasady jawności, przewidziany został w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Jak wynika z powołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji, rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy głośne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została sformułowana w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. 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.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szewczyka, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji, wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego, że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Przyjmuje się, że wykazywana wartość gospodarcza musi być realna. Wykonawca

powinien zatem dokonać odpowiedniej wyceny poszczególnych zastrzeżonych informacji. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzić np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać wartości finansowej informacji, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas wykonawca powinien przedstawić znaczenie gospodarcze informacji dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurenci pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów (patrz: wyrok SO w Warszawie z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22). Kierując się ww. założeniami zamawiający powinien dokonać oceny czy zaistniały podstawy by daną informację wykonawca mógł zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa i czy uczynił to skutecznie.

Podkreślenia przy tym wymaga, iż to na wykonawcy zastrzegającym informacje spoczywa obowiązek wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia zgodnie z wytycznymi przedstawionymi powyżej. Wykonawca zobowiązany jest wykazać zasadność dokonanego zastrzeżenia najpóźniej w momencie przekazywania zastrzeganych informacji. Zamawiający, w oparciu o przekazane mu uzasadnienie zastrzeżenia informacji, zobowiązany jest ocenić zasadność dokonanego zastrzeżenia. Wobec powyższego niedopuszczalne jest późniejsze rozszerzanie argumentacji przemawiającej za dokonanym zastrzeżeniem.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż Przystępujący nie dochował należytej staranności, aby zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa te zindywidualizowane informacje, które faktycznie mogłyby taką tajemnicę stanowić. Praktyka zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści dokumentów, wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników od dawna w orzecznictwie jest postrzegana jako negatywna. Potwierdza to chociażby wskazany przez Odwołującego wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21. W wyroku tym Sąd pokreślił, iż takie działanie jest nie tylko sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, ale także utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w piśmie. Ww. orzeczenie jest adekwatne do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy. Przystępujący nie odniósł się do każdej informacji zawartej w zastrzeżonych dokumentach z osobna, a jedynie podjął próbę ogólnego uzasadnienia zastrzeżenia dokumentów jako

całości. Sam Przystępujący w toku rozprawy przyznał, odnośnie zastrzeżonych elementów formularza ofertowego, iż same kwoty nie są tajemnicą same w sobie, ale skonfrontowanie ich np. z modelem sprzętu, jego producentem, liczbą sztuk oferowanych pozwala na rozpoznanie rozwiązania zaoferowanego przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu oraz modelu w jakim wykonawca zamierza zrealizować to zamówienie. Jednocześnie Przystępujący argumentując zasadność dokonanego zastrzeżenia odwoływał się do kalkulacji ceny, kształtowania polityki cenowej, wyceny realizacji, nie argumentując w zakresie informacji merytorycznych związanych z realizacją (np. co do zasadności utajnienia typu, modelu czy producenta rozwiązania) – tak więc trudno stwierdzić że całość informacji zawartych w zastrzeżonej części formularza ofertowego podlegała zastrzeżeniu. Również w zakresie wyjaśnień ceny poza wstępnym fragmentem (str. 1 pisma Przystępującego z dnia 9 stycznia 2023 r.) zawierającym jedynie nic nie wnoszące ogólne zapewnienia, tajemnicą przedsiębiorstwa objęto całą dalszą treść wyjaśnień, jak i same załączniki do uzasadnienia oraz do wyjaśnień. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie objęto zatem jedynie konkretnych informacji, lecz zasadniczą część formularza ofertowego (również w zakresie cen za poszczególne elementy co do których Przystępujący przyznał, iż nie są tajemnicą same w sobie, a więc mogły zostać ujawnione np. przy zastrzeżeniu jako tajemnica innych informacji podawanych w tym formularzu), wyjaśnień i pełną treść załączników do pisma z 9 stycznia 2023 r. Podkreślić należy, iż uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji.

Ponadto Izba zgodziła się z Odwołującym, że uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy informacji przedstawione przez Przystępującego miały charakter ogólny, nie zostały zindywidualizowane na potrzeby postępowania prowadzonego przez Zamawiającego i nie wykazują spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w odniesieniu do konkretnych, wyselekcjonowanych informacji. Znaczną część uzasadnień stanowi teoretyczny wywód dotyczący pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa i zasad jej zastrzegania, lecz brak jest korelacji tych zasad z konkretnymi informacjami zastrzeżanymi przez Przystępującego. W ocenie Izby jest ono wręcz do tego stopnia ogólne, że mogłaby zostać wykorzystane przez każdego wykonawcę i to w zasadzie na potrzeby każdego podobnego postępowania. Brak dostosowania tego uzasadnienia do informacji przedstawionych Zamawiającemu w piśmie z dnia 9 stycznia 2023 r., potwierdza np. akapit 2 ze str. 6 zastrzeżenia wyjaśnień ceny, gdzie Przystępujący wywodzi, iż „pisma oferty podmiotów trzecich zostały zastrzeżone, ponieważ

informacje w nich zawarte pozwalają na identyfikację podmiotu trzeciego, który udostępnia w przedmiotowym postępowaniu zasoby niezbędne do wykonania zamówienia. (...) która to kooperacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa”. Przystępujący przedstawia takie uzasadnienie dla zastrzeżenia ofert podmiotów trzecich, w sytuacji gdy, Zamawiający poinformował go już w dniu 4 stycznia 2023 r. o ujawnieniu m.in. oświadczeń JEDZ czy też zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów wraz z nazwami tych podmiotów. Nadmienić należy, iż czynności tych Zamawiający dokonał m.in. w związku z ujawnieniem przez samego Przystępującego w oświadczeniu JEDZ nazw proponowanych podwykonawców. Dziwi w takiej sytuacji fakt dlaczego nie ujawniono treści tych załączników, skoro w uzasadnieniu nie wyjaśniono powodów dla objęcia ich tajemnicą. Fakt kooperacji stanowiący podstawę zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa ofert podwykonawców załączonych do wyjaśnień ceny został ujawniony przez samego Przystępującego, Izba stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu odpadły podstawy zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa ofert podmiotów trzecich załączonych do wyjaśnień ceny na które powoływał się Przystępujący.

Izba stwierdziła, iż na podstawie przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia nie jest możliwe zidentyfikowanie, które konkretnie informacje zawarte w formularzu ofertowym i wyjaśnieniach ceny Przystępujący miał na myśli stawiając tezy o ich wartości gospodarczej. Zasadniczo uzasadnienia referują do kalkulacji wynagrodzenia i polityki cenowej wykonawcy. Nic nie stało na przeszkodzie, aby tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępujący objął jedynie określone fragmenty tabel dot. wynagrodzenia w formularzu ofertowym, wyjaśnień czy załączników zawierające dane w ocenie Przystępującego wrażliwe (np. ceny lub oferowany model, producenta, etc.) i dla tych właśnie danych przedstawił konkretne uzasadnienie, czemu nie powinny one podlegać udostępnieniu innym wykonawcom. Takie działanie pozwoliłoby na faktyczną weryfikację, czy w odniesieniu do konkretnych informacji wykazano spełnienie przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Tymczasem Przystępujący, zastrzegając tabele dot. wynagrodzenia w formularzu ofertowym za wyjątkiem ceny za całość przedmiotu zamówienia, treść wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz treść załączników, a nie jedynie dane wyjątkowo wrażliwe i przedstawiając ogólne uzasadnienie, które trudno przyporządkować do utajnionych informacji, sam pozbawił się ochrony tych informacji. Przystępujący powinien mieć pełną świadomość, z czym wiąże się udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności, że zasadą tego postępowania jest jawność. Podobnie świadomość taką powinien mieć Zamawiający, którego zadaniem było należycie zweryfikować zakres zastrzeżonych informacji. Jak wskazał TSUE we wspomnianym już wyroku z dnia 17 listopada 2022 r., C-54/21, instytucja zamawiająca nie może być związana samym

twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter. Na obowiązek wykazania powyższego wskazuje również wprost art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Jak podkreślił Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21, wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu KPC. Za błędne w ocenie Sądu należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 u.z.n.k. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający uznał poczynione zastrzeżenia za skuteczne, nie dokonując należytej weryfikacji treści tych zastrzeżeń. O błędnej ocenie Zamawiającego, jak i niestarannym działaniu Przystępującego świadczy także fakt, iż w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy wskazano, objęto nią również załączniki do zastrzeżenia tajemnicy w postaci dokumentów spółki Przystępującego, w sytuacji gdy Przystępujący nie wykazał wobec tych dokumentów zasadności zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Na rozprawie Przystępujący stwierdził, iż oczywiste jest iż dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa gdyż co do zasady są objęte tajemnicą. W ocenie Izby Zamawiającej, biorąc pod uwagę brzmienie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ma podstaw do uznania zasadności dokonanego zastrzeżenia bez wykazania przywołanych powyżej przesłanek. Odnośnie powyższych dokumentów poza lakonicznym stwierdzeniem o objęciu ich tajemnicą przedsiębiorstwa brak jest jakiegokolwiek poszerzonej argumentacji. Zgodnie z ustawą Pzp, każde zastrzeżenie informacji wymaga uzasadnienia i wykazania przesłanek uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wątpliwości Izby budzi również zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa m.in. certyfikatów ISO, które co do zasady są dokumentami jawnymi. Wobec powyższego dokumenty te podlegały ujawnieniu.

Ponadto tak jak wskazano powyżej uzasadnienie w zakresie tabel dotyczących wynagrodzenia w formularzu ofertowym i kalkulacji wynagrodzenia w wyjaśnieniach ceny referują zasadniczo do polityki cenowej Przystępującego, co słusznie podkreślał Odwołujący, podczas gdy uznane przez Zamawiającego za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa

treści ww. dokumentów dotyczą szerszego zakresu informacji. Przedstawione uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy nie pozwalają na jednoznaczne odtworzenie zamiaru Przystępującego. Referują one jedynie do pewnych ogólnych zagadnień, jak polityka cenowa czy też relacje z kontrahentami. Przystępujący nie odwołał się do konkretnych dokumentów oraz treści w nich zawartych, choćby poprzez przywołanie odpowiednich stron. Nie jest natomiast rolą Zamawiającego ustalanie za wykonawcę, na którym ciąży obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, charakteru utajnionych informacji, a także domniemywanie, że za poufną należy uznać daną a nie inną informację zwłaszcza wówczas, gdy wykonawca zastrzega praktycznie całość dokumentów.

Dalej należy wskazać, iż w uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa kalkulacji wynagrodzenia Przystępujący podnosił, że zastrzeżone dane o poszczególnych elementach ceny posiadają wartość gospodarczą, ponieważ pozwoliłyby powziąć innym wykonawcom wiedzę na temat polityki cenowej Przystępującego. O ile zgodzić można się z tym, że dane świadczące o prowadzonej przez firmę polityce cenowej mogłyby być postrzegane jako posiadające charakter informacji o wartości gospodarczej, to w przedmiotowej sprawie nie wykazano że dane te w sposób obiektywny obrazują szczegóły prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, tym bardziej, że w zastrzeżeniu Przystępujący podkreślił, iż informacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odnosi się wyłącznie do sposobu realizacji zamówienia, a przecież przedmiot zamówienia jest jawny i znany wykonawcom ubiegającym się o nie. Załączone do wyjaśnień kalkulacje, a także dowody, dotyczą potwierdzenia rynkowego poziomu kosztów właściwych dla określonych elementów tego konkretnego zamówienia. W wyjaśnieniach zawarto informacje o składnikach cenotwórczych, wskazujące na pewną strategię cenową, ale przyjętą na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem jego zakresu, charakteru i specyfiki. Niewątpliwie strategia ta nie jest niezmienna, nie jest jednakowa dla każdego postępowania, lecz każdorazowo indywidualnie opracowywana. Przystępujący nie wskazał dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych na potrzeby tego jednego, konkretnego postępowania i pod jego wymagania skonstruowanych, miałyby faktycznie powodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej Przystępującego. Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Przystępujący skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania, jakie są konieczne do poniesienia przez niego nakłady, czy też jaką marżę zastosował w tym konkretnym postępowaniu, nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów Przystępującego i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. 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. Brak jest jednak podstaw do stwierdzenia, że określone dane zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego faktycznie dawałyby innym wykonawcom możliwość ustalenia, jaką potencjalną cenę mógłby on zaoferować w innych postępowaniach, czy też oferować realizację zamówień z pominięciem własnych kosztów i dostępnych im rabatów, upustów itp..

Izba stwierdziła, iż stanowisko Przystępującego zostało oparte na ogólnych, subiektywnych stwierdzeniach, bez wskazania żadnych danych pozwalających na obiektywne zweryfikowanie jego przypuszczeń. Przystępujący powinien rzeczowo wyjaśnić, w jaki sposób informacje dotyczące wyliczenia kosztów w tym postępowaniu miałyby ujawniać pewne kluczowe informacje dotyczące przyjętej przez niego polityki cenowej, tym bardziej, że w wyjaśnieniach wskazywał, iż jest to kalkulacja „jednostkowo stworzona”. Tymczasem w przedmiotowej sprawie, Przystępujący zamiast powyższe udowodnić, to poprzestał na hasłowych zapewnieniach, które nie są w jakikolwiek sposób weryfikowalne. Stawiana przez Przystępującego teza o zagrożeniu jego przewagi konkurencyjnej w przypadku ujawnienia wyjaśnień nie została w ocenie Izby wykazana. Co istotne, te newralgiczne zdaniem Przystępującego dane, nie zostały przez niego nawet skonkretyzowane, nie jest bowiem wystarczające do ich zidentyfikowania posługiwanie się hasłowymi stwierdzeniami np. „sposób kształtowania polityki cenowej”.

Uzasadnienie przedstawione przez Przystępującego w zakresie wartości gospodarczej zastrzeżonych danych miało charakter ogólny, sprowadzający się w istocie do obaw wykonawcy przed spadkiem konkurencyjności oraz możliwości (po zapoznaniu się z kalkulacją) oferowania przez konkurentów korzystniejszych warunków cenowych i pozbawienia Przystępującego szans na pozyskanie zamówień, czego jednak w ogóle nie wykazano.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonane przez Przystępującego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w utajnionej części formularza ofertowego (informacje zawarte w tabelach), wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników do tych wyjaśnień, a także załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych przez Wykonawcę – COIG S.A., ul. Mikołowska 100, Katowice.

Dostrzeżenia wymaga, że na tle niniejszej sprawy rysuje się również zagadnienie problematyki zaskarżania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny konkurującego podmiotu zostały zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zostały udostępnione

Odwołującemu przez zamawiającego. Problematyka ta jest złożona. Niemniej na tle rozpoznawanych przed Krajową Izbą Odwoławczą sporów ukształtowany został pogląd, iż uznanie przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie wykazano przesłanek wskazanych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), winno co do zasady skutkować nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazaniem odtajnienia zastrzeżonych dokumentów. Zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale także zasada równego traktowania wykonawców, wymagają bowiem, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując kompleksową wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. na podstawie jakich informacji dokonał oceny, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp wykazują, iż cena oferty nie jest rażąco niska.

Skład orzekający stoi na stanowisku, iż w przypadku, gdy tajemnicą przedsiębiorstwa objęto treść wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w pierwszej kolejności podmiot wnoszący odwołanie powinien wskazać na zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, a dopiero w dalszej kolejności, jako zarzuty ewentualne podlegające rozpoznaniu w przypadku uznania przez Izbę skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, stawiać zarzuty dotyczące naruszenia art. 224 ust. 6 lub art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Oczywistym jest, że zarzuty konstruowane w oparciu jedynie o własne przypuszczenia z uwagi na brak dostępu do dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie będą realizować w sposób pełny uprawnienia wykonawcy do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Jakkolwiek może mieć miejsce sytuacja, że w przypadku skutecznego objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, odwołujący będzie musiał konstruować argumentację nie znając treści wyjaśnień, niemniej powinno mieć to miejsce jedynie w konkretnych, dopuszczonych przez art. 18 ust. 3 ustawy Pzp okolicznościach, zasadą jest bowiem jawność postępowania o udzielenie zamówienia i jawność postępowania odwoławczego. Mając to na uwadze, ocena skuteczności zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa powinna być co do zasady dokonywana uprzednio w stosunku do oceny innych zarzutów wywodzonych z treści dokumentów objętych tą tajemnicą. W związku z powyższym w ocenie Izby, słuszne było działanie Odwołującego, który zarzut dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (zarzut nr 2 odwołania) postawił jako ewentualny. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego o niedopuszczalności stawiania w postępowaniu odwoławczym zarzutów o charakterze ewentualnym. Sposób kształtowania się tej instytucji wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21, przywołując *„fragment uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2013 r. (sygn. akt III CZP 58/13, opubl. w OSNC z 2014 r., nr 6, poz. 62) „W uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy zarysował tło historyczne kształtowania się tej instytucji z przytoczeniem orzecznictwa, ale*

przede wszystkim w sposób zwięzły oddał jej istotę wskazując, że „Powód może zgłosić w pozwie obok żądania głównego żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia żądania sformułowanego jako podstawowe i usytuowane na pierwszym miejscu. Możliwość zgłoszenia żądania ewentualnego istnieje tak w sprawach o świadczenie, ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego bądź prawa, czy o ukształtowanie stosunku prawnego lub prawa. Nie zostało wyłączone oparcie żądania ewentualnego na odmiennej podstawie faktycznej, czy też prawnej, niż żądanie główne. Był żądania ewentualnego uzależniony jest od żądania głównego. W razie uwzględnienia przez sąd żądania przedstawionego jako pierwsze, rozpoznanie żądania ewentualnego staje się bezprzedmiotowe; nie jest wydawane w stosunku do niego żadne orzeczenie. Do rozpoznania tego żądania dojdzie w przypadku oddalenia żądania głównego. Takie ukształtowanie żądań pozwu stanowi szczególny rodzaj kumulacji roszczeń, co oznacza konieczność odpowiedniego zachowania warunków przewidzianych w art. 191 KPC.” Dalej Sąd wyjaśniając sposób rozpoznawania takich zarzutów wskazał „Najkrócej rzecz ujmując, na potrzeby rozpoznawanej sprawy wyjaśnić należy, że zadanie ewentualne (tu zarzut ewentualny) aktualizuje się dopiero po przesądzeniu, że żądanie główne jest bezzasadne. Do czasu oddalenia żądania głównego, żądanie ewentualne pozostaje niejako w uśpieniu i nie jest nawet przedmiotem zainteresowania organu orzekającego (tu KIO), w konsekwencji w przypadku uwzględnienia żądania głównego, żądanie ewentualne pozostaje poza przedmiotem rozstrzygnięcia.”

Mając powyższe na uwadze, wobec uwzględnienia przez Izbę opisanego powyżej zarzutu dot. tajemnicy przedsiębiorstwa, zarzut nr 2 odwołania sformułowany jako ewentualny, nie podlegał rozpoznaniu, jako że zarzut ewentualny aktualizuje się po przesądzeniu, że zarzut główny jest bezzasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Kosztami postępowania Izba obciążyła Przystępującego, ze względu na wniesiony sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego i Izbę zarzutu nr 1, co spowodowało brak konieczności rozpoznawania zarzutu nr 2 postawionego jako ewentualny.

Przewodniczący: