

**WYROK**

**z dnia 12 maja 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski  
Beata Konik  
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **7 maja 2021 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **1 i 15 marca 2021 r.** przez wykonawców:

- A. Egis Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Egis Rail S.A. z siedzibą w Lyonie (Francja) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 664/21)**
- B. Arcadis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Transprojekt Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 830/21)**

w postępowaniu pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu pn.: „Prace na linii kolejowej E 75 na odcinku Elk - Trakiszki (granica państwa) – dokumentacja projektowa”* (nr postępowania 9090/IRZU/14219/03780/20/P)

prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

- A. Fehlings Krug Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Infrares sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt: KIO 664/21, KIO 830/21)**
- B. IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. z siedzibą w Bilbao (Hiszpania), BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt: KIO 664/21, KIO 830/21)**

- C. **Arcadis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Transprojekt Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 664/21)**
- D. **SYSTRA S.A., S. B., Wrocław, J. B., Wrocław – Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty s.c. wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 830/21)**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 664/21.**
- 2. Kosztami postępowania w sprawie sygn. akt KIO 664/21 obciąża Odwoływających i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwoływających tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2) zasądza od Odwoływających na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy zero groszy) – stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.**
- 3. Uwzględnia odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 830/21 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wykluczenia Odwoływających oraz powtórzenie czynności w prowadzonym postępowaniu począwszy od oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału.**
- 4. Kosztami postępowania w sprawie sygn. akt KIO 830/21 obciąża Zamawiającego i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwoływających tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwoływających kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy ) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwoływających z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września

**Sygn. akt: KIO 664/21  
KIO 830/21**

2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 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.**

## Uzasadnienie

{KIO 664/21, KIO 830/21}

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty usługi pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu pn.: „Prace na linii kolejowej E 75 na odcinku Elk - Trakiszki (granica państwa) – dokumentacja projektowa”* (nr postępowania 9090/IRZU/14219/03780/20/P).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 5 sierpnia 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S\_150 pod poz. 368920.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanych odwołań do postępowania odwoławczego w tych sprawach, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

{KIO 664/21}

1 marca 2021 r. Egis Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Egis Rail S.A. z siedzibą w Lyonie (Francja), które wspólnie ubiegają się o udzielenie tego zamówienia {dalej: „Konsorcjum Egis”, „Odwołujący” lub „Odwołujący Konsorcjum Egis”} wniosły w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od decyzji Zamawiającego o odtajnieniu w całości wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonych przez Konsorcjum Egis.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {chyba że poniżej wskazano inne akty prawne}:

1. Art. 8 ust 3 pzp w zw. z art. 11 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej również: „uznk”) w zw. z art. 7 ust. 1 pzp – przez odtajnienie dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum Egis w pismach kierowanych

do Zamawiającego 15 stycznia 2021 r. i 12 lutego 2021 r. jako tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie może być udostępniana innym podmiotom (stronom trzecim), pomimo wykazania przesłanek niezbędnych do uznania informacji zawartych w tych dokumentach jako tajemnica przedsiębiorstwa, co narusza również zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców.

2. Art. 8 ust. 1, 2 i 3 pzp – przez nadużycie zasady jawności i naruszenie zakazu ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w sytuacji, gdy zastrzeżenie tajemnicy zostało dokonane skutecznie, gdyż Konsorcjum Egis wykazało, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie przesłanki wymienione w art. 11 ust. 4 uznk, co stanowi jednocześnie naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp.
3. Art. 7 ust 1 pzp – przez dokonanie odtajnienia treści dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum Egis jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, a tym samym prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odtajnieniu pism Konsorcjum Egis:

- 1) wyjaśnień do oferty wraz z załącznikami (w osobnym pliku ) z 15 stycznia 2021 r.;
- 2) dodatkowych wyjaśnień do oferty wraz z załącznikami (osobne pliki) z 12 lutego 2021 r.

W ramach uzasadnienia powyższa lista zarzutów została sprecyzowana w szczególności przez powołanie się na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Okoliczności faktyczne.

Konsorcjum Egis, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pzp, zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia wraz z załącznikami (pismo nr 25/C/T1/CS/SU/2021 z 15 stycznia 2021 r.) oraz przedstawiło uzasadnienie dla dokonania takiego zastrzeżenia.

Wyjaśniono, że zastrzeżone informacje, takie jak strategia wycen stosowana przez Egis, poufne informacje handlowe, takie jak marża, stosowane rabaty, szczegółowe warunki umów z dostawcami, wynagrodzenia pracowników oraz inne informacje gospodarcze przedstawiają wartość dla wykonawcy, którą ma on prawo chronić przez zastrzeżenie ich

poufności. Ponieważ wszelkie kalkulacje sporządzone na potrzeby postępowania oparte są na porozumieniach oraz zniżkach korporacyjnych w związku z istnieniem grupy Egis na rynku polskim i zagranicznym, jako warunki wynegocjowane indywidualnie mają charakter technologiczny i organizacyjny i nie są podawane do publicznej wiadomości oraz podejmowane są działania zmierzające do zachowania ich w poufności. Podmioty konkurencyjne, posiadając takie dane, są w stanie tak dostosować oferowane przez siebie ceny, że sytuacja Egis w przetargach na rynku stała się mniej korzystna lub konkurencja wprost może przyjąć stosowane przez Egis rozwiązania jako swoje, odbierając tym samym Egis wypracowany w ramach wieloletnich doświadczeń know-how.

Wywiedziono, że biorąc pod uwagę specyfikę rynku usług inżynierskich o charakterze infrastrukturalnym, związaną z uzależnieniem bytu i powodzenia na rynku od udziału w postępowaniach o zamówienie publiczne, gdzie najważniejszym kryterium oceny ofert pozostaje co do zasady najniższa cena, informacje handlowe dostarczające wiedzę m.in. o wysokości stosowanej marży, rabatach, szczegółowych warunkach umów z dostawcami czy wysokości wynagrodzeń pracowników, mają istotne znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku inżynierskim o sile firmy przesądza przede wszystkim kapitał ludzki wraz z informacjami handlowymi, o których mowa wyżej. Ujawnienie powyższych danych może zatem spowodować po stronie konkurencji możliwość śledzenia planów marketingowych, biznesowych oraz dostosowania swoich ofert do działań spółki Egis, a zatem dane te posiadają dla konkurentów niewątpliwą wartość gospodarczą. Oznacza to, że ujawnienie tych danych naruszałoby zasady uczciwej konkurencji, prowadząc tym samym do szkody o konkretnych wymiarach finansowych po stronie Egis.

Podkreślono, że każda z zawartych w wyjaśnieniach informacji da się przełożyć na realną wartość finansową (m. in. wyliczenia poszczególnych pozycji i zasady ich dokonywania, koszty zatrudnienia pracowników i ich pozyskania w przypadku podkupienia przez konkurencję).

Wskazano, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa odnosi się do całego dokumentu, gdyż wyjaśnienia ceny i zastrzeżenie tajemnicy stanowią jeden spójny dokument. Dlatego nie można przyjąć, że którakolwiek z zastrzeżonych informacji nie posiada waloru poufności.

Oświadczono, że informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dla nich dostępne.

Oświadczono także, że podjęto skuteczne działania polegające na ograniczeniu kręgu osób, które mają dostęp do zastrzeganych informacji, zabezpieczono sprzęt komputerowy hasłami i oprogramowaniem komputerowym, a okólniki i regulaminy

odnoszące się do ochrony informacji poufnych są stosowane stale w organizacji, a nie z myślą o konkretnym postępowaniu. Dostęp do wycinka zastrzeganych informacji ma wyłącznie ograniczona liczba pracowników, natomiast pełną wiedzę na ich temat wyłącznie osoby zarządzające spółką (zarząd i prokurenci) oraz osoby na kierowniczych stanowiskach (ale tylko w zakresie właściwości zarządzanych przez nie jednostek organizacyjnych).

Zwrócono uwagę, że pracownicy zatrudniani są na umowach o pracę (przykładowe umowy załączono do wyjaśnień), a zgodnie z art. 100 § 2 pkt 4 Kodeksu pracy pracownik jest obowiązany w szczególności zachować w tajemnicy informacje, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę.

W ramach uzasadnienia decyzji z 19 lutego 2021 r. o odtajnieniu powyższych wyjaśnień oraz wyjaśnień uzupełniających z 12 lutego 2021 r. Zamawiający podał, co następuje.

*Treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, które zostało przedstawione przez Wykonawcę jako wykazujące wartość gospodarczą jest niezwykle lakoniczna i przejawia się w następującym stwierdzeniu:*

*„poufne informacje handlowe takie jak marża, stosowane rabaty, szczegółowe warunki umów z dostawcami, wynagrodzenia pracowników oraz inne informacje gospodarcze przedstawiające pewną wartość dla wykonawcy (...)”*

*Wykonawca przedłożył w swoim uzasadnieniu szereg stanowisk judykatury oraz orzecznictwa o możliwości zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający potwierdza, iż co do zasady istnieje możliwość zastrzegania jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co jest kwestią bezsporną, jednakże całkowicie inną kwestią jest skuteczność dokonania takiego zastrzeżenia, czemu Wykonawca nie sprostał.*

*Odnosząc się do przesłanki wynikającej z dyspozycji art. 11 ust. 2 uznk, tj. podjęcia niezbędnych działań mających na celu zachowanie zastrzeżonych informacji w poufności, Wykonawca wskazało szereg podjętych działań, takich jak:*

*„Podejmowane działania, jak ograniczenie kręgu osób, które mają dostęp do zastrzeganych informacji, zabezpieczenie sprzętu komputerowego hasłami i oprogramowaniem komputerowym, okólniki i regulaminy odnoszące się do ochrony informacji poufnych (...)”*

*Niemniej jednak Wykonawca pozostał przy samym wyliczeniu podjętych działań, nie przedkładając żadnych dowodów ich potwierdzających. Wiele z ww. działań można wykazać za pomocą dowodów, np. oświadczenia o poufności dokumentów, pisemne informowanie pracowników, którzy odchodzą o konieczności zachowania poufności, regulaminy, polityki bezpieczeństwa – zatem Wykonawca w świetle najnowszego*

*orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej był zobowiązany do ich przedłożenia. Tak np. opowiedziała się Izba w wyroku z dnia 11 lutego 2019 r. (sygn. akt KIO 148/19): „Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że Przystępujący ograniczył się jedynie do wyliczenia obowiązujących u niego wewnętrznych uregulowań i zabezpieczeń nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów. Odwołujący nie przedstawił choćby postanowień obowiązujących u niego regulaminów i instrukcji dotyczących zachowania w poufności zastrzeganych informacji. Nie ujawniono także Zamawiającemu przykładowej treści wspomnianych klauzul poufności. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw, aby stwierdzić, czy klauzule te są wystarczające i czy faktycznie obowiązują.” Wykonawca przedstawił jedynie zanonimizowane umowy o pracę pracowników Lidera Konsorcjum. Jednakże należy zwrócić uwagę, iż w wysoce wyspecjalizowanych zespołach specjalistów jacy konieczni są do wykonania przedmiotu zamówienia wiele osób nie posiada umów o pracę lecz np. umowy zlecenia lub o dzieło. Wykonawca nie wykazał, że zatrudnia pracowników wyłącznie na podstawie umów o pracę przy jednoczesnym nie wykazaniu, iż w umowach zlecenia i umowach o dzieło stosuje odpowiednie zapisy dotyczące poufności.*

*Wykonawca Egis nie wypełnił wszystkich przesłanek wynikających wprost z dyspozycji art. 11 ust. 2 uznk, bowiem nie przedłożył wystarczających dowodów potwierdzających podjęte przez Wykonawcę działania mające na celu utrzymanie zastrzeganych informacji w poufności, nie wykazał również w należyty sposób wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, zatem Zamawiający stwierdza, iż Wykonawca nie zastrzegł skutecznie informacji poufnych jako tajemnica przedsiębiorstwa.*

*Reasumując wskazane dokumenty nie mogą zostać zastrzeżone jako „tajemnica przedsiębiorstwa” i zostaną odtajnione po upływie terminu na złożenie odwołania.*

Okoliczności prawne.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w świetle którego przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują zakresu lub rodzaju środków, do których przedsięwzięcia zobligowany jest przedsiębiorca.

Art. 8 ust. 3 pzp nakłada na zamawiającego obowiązek utajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako poufne, jeżeli wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa



musi wykazać, że podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji. Ustawodawca nie nałożył na wykonawców obowiązku udowodnienia, tylko obowiązek uprawdopodobnienia – wykazania zasadności zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, co następuje.

Po pierwsze, że potraktował art. 8 ust. 3 pzp instrumentalnie, a decyzja o odtajnieniu zastrzeżonych przez Konsorcjum Egis informacji wynika z przyjęcia błędnego założenia, że Konsorcjum było zobowiązane do przedstawienia dowodów na potwierdzenie skuteczności swoich zastrzeżeń.

Po drugie, że przez ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nadużył pozycji dominującej w prowadzonym postępowaniu, czym naruszył art. 7 ust. 1 pzp

{KIO 830/21}

1 marca 2021 r. Arcadis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Arcadis” lub „Wykonawca”}, Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Transprojekt Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, które wspólnie ubiegają się o udzielenie tego zamówienia {dalej zwani łącznie „Konsorcjum Arcadis”, „Konsorcjum” lub „Odwołującymi”} wniosły w postaci elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od wykluczenia Konsorcjum Arcadis z postępowania.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust 1 pkt 17 – przez jego bezzasadne zastosowanie i wykluczenie Konsorcjum Arcadis z postępowania w sytuacji, gdy nie były spełnione przesłanki do zastosowania tego przepisu, gdyż: 1) po stronie Wykonawcy nie wystąpiła lekkomyślność lub niedbalstwo; 2) Zamawiający nie był wprowadzony w błąd przez Wykonawcę; 3) informacje przekazane przez Wykonawcę w odpowiedzi na pytanie zawarte w JEDZ dotyczące udziału Arcadis w przygotowaniu postępowania nie miały (i nie mogły mieć) istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, gdyż niezależnie od udzielonej przez Arcadis odpowiedzi nie zachodziły podstawy do wykluczenia Konsorcjum Arcadis z uwagi na brak zakłócenia konkurencji.
2. Art 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez wykluczenie Konsorcjum Arcadis z postępowania bez rozważenia, czy w okolicznościach sprawy służy to zachowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz czy jest zgodne z zasadą

proporcjonalności.

3. [ewentualnie] Art. 26 ust 3 – przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Konsorcjum Arcadis do poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie odpowiedzi na zawarte w JEDZ pytanie dotyczące udziału Arcadis w przygotowaniu postępowania.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wykluczenia Konsorcjum Arcadis z postępowania.

W ramach uzasadnienia powyższa lista zarzutów została sprecyzowana w szczególności przez powołanie się na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Okoliczności faktyczne.

Zamawiający w 2017 r. przeprowadził postępowanie na opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu pn. *Prace na linii E75 na odcinku Białystok - Suwałki - Trakiszki (granica państwa), etap II odcinek Elk - Trakiszki (granica państwa)*, w wyniku którego zawarł umowę z TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „TPF”}.

Z kolei Arcadis, którego personel jako kluczowy dla wykonania tamtego zamówienia został zgłoszony Zamawiającemu, było podwykonawcą, któremu TPF powierzyło wykonanie części prac, o czym Zamawiający został również poinformowany {do odwołania załączono dokumenty na potwierdzenie tych okoliczności}.

Zamawiający jedynie częściowo posłużył się opracowanym przez Arcadis w ramach realizacji powyższego zamówienia studium wykonalności na potrzeby aktualnie prowadzonego postępowania, gdyż zmodyfikował jego założenia m.in. rozszerzając zakres prac o opracowanie dokumentacji projektowej dla stacji Elk „bis”.

Na zapoznanie się z opracowaną przez Arcadis dokumentacją przedprojektową, która została włączona w poczet opisu przedmiotu tego zamówienia, każdy z wykonawców miał niemal 5 miesięcy, gdyż termin złożenia ofert w aktualnie prowadzonym postępowaniu ostatecznie upłynął 30 grudnia 2020 r.

Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do tego, że udział TPF czy Arcadis w przygotowaniu aktualnie prowadzonego postępowania nie stanowi zakłócenia konkurencji, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 pzp.

5 marca 2021 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum Arcadis o wykluczeniu go z aktualnie prowadzonego postępowania na podstawie art 24 ust 1 pkt 17 pzp, z uwagi na udzielenie przez Arcadis odpowiedzi *NIE* na pytanie: *Czy wykonawca*

*lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradził(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzieleniu zamówienia?*, zawarte w części III sekcji „C” JEDZ .

W ramach uzasadnienia Zamawiający wskazał, że Arcadis brało udział w przygotowaniu studium wykonalności dla przedmiotowego projektu w charakterze podwykonawcy TPF. Ponadto opracowując przedmiotowe studium wykonalności, stanowiące jeden z podstawowych dokumentów prowadzonego postępowania, Arcadis mogło posiadać wiedzę, którą mogło wykorzystać w trakcie składania oferty.

Według Zamawiającego przy wykluczaniu na podstawie art 24 ust 1 pkt 17 pzp nie ma znaczenia fakt, że wiedział o roli Arcadis w przygotowaniu studium wykonalności, gdyż wystarczająca jest sama możliwość wprowadzenia go w błąd.

Okoliczności prawne.

Z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wynika, że wykluczenie wykonawcy może nastąpić wyłącznie w sytuacji kumulatywnego wystąpienia wszystkich wymienionych w nim przesłanek, tj.: 1) działania na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa, które prowadzi do 2) przekazania przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd oraz 3) istotnego wpływu przekazanych informacji na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

ad 1)

Z lekkomyślnością mamy do czynienia wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Z niedbalstwem natomiast, gdy podejmujący działanie nie przewiduje jego skutków, chociaż powinien i mógł je przewidzieć.

Nawet gdyby założyć, że Arcadis nie udzieliło poprawnej odpowiedzi, nie można mu przypisać żadnej z powyższych postaci winy, gdyż Arcadis wypełniało formularz JEDZ zgodnie z zamieszczonymi w instrukcji wskazówkami, w związku z czym miał prawo oczekiwać, że jego podejście jest prawidłowe i nie będzie zakwestionowane.

ad 2)

Bezsporne jest, że Zamawiający posiadał rzeczywistą wiedzę o roli Arcadis w przygotowaniu studium wykonalności. Nie powziął tej wiedzy przypadkowo ani też nie było możliwości, żeby jej nie posiadał.

W konsekwencji udzielenie przez Arcadis odpowiedzi negatywnej na pytanie nie mogło – nawet potencjalnie – wprowadzić Zamawiającego w błąd. Wskazanie w treści JEDZ przez Arcadis, analogicznie jak w przypadku TPF, odpowiedzi „TAK” oraz podanie

jednozdaniowej informacji nie wpłynęłoby w żaden sposób na ocenę okoliczności przez Zamawiającego.

ad 3)

Istotność dotyczy wpływu, a nie dotyczy istotnych decyzji. Oświadczenie złożone w JEDZ Arcadis nie miało natomiast charakteru na tyle doniosłego, aby mogło wpłynąć na decyzję Zamawiającego, o czym świadczy brak wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 pzp. Tym samym oświadczenie Arcadis nie miało nie tylko istotnego, ale i potencjalnego wpływu na decyzję Zamawiającego.

Przepisy ustawy pzp stanowią wdrożenie do polskiego prawa dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE. Zgodnie z treścią art. 57 tej dyrektywy instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, który był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji. W konsekwencji wykładnia art 24 ust 1 pkt 17 pzp powinna uwzględniać fakt, że podstawą wykluczenia powinno być tylko poważne wprowadzenie w błąd.

Wyrażona w art. 7 ust. 1 pzp zasada proporcjonalności powinna być uwzględniana przy wykładni dla pozostałych przepisów ustawy pzp, w tym treści art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp.

Powyższy pogląd – o możliwości wykluczenia wykonawcy jedynie w sytuacji poważnego wprowadzenia w błąd i konieczności wzięcia pod uwagę proporcjonalności takiej decyzji – został również wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 13 września 2019 r. (sygn. XIX Ga 953/19) – w którym sąd potwierdził, że nie ma podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art 24 ust 1 pkt 17 pzp, jeżeli zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd tę samą decyzję, co na podstawie informacji wprowadzających w błąd.

Wykładnia podstaw wykluczenia powinna w każdej sytuacji uwzględniać cel tych przepisów. Zarówno przepis, który nakazuje zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, który pozyskał informację dającą mu przewagę nad pozostałymi wykonawcami, jak i przepis nakazujący wykluczenie wykonawcy wprowadzającego w błąd zamawiającego co do istnienia podstaw wykluczenia go z postępowania, mają przede wszystkim na celu ochronę równej i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucili Zamawiającemu, że naruszył art. 24 ust.

1 pkt 17 pzp, gdyż doprowadził do sytuacji, w której wyeliminował z postępowania Konsorcjum Arcadis za podanie wprowadzających w błąd informacji co do udziału w przygotowaniu tego postępowania, ale jednocześnie sam uznał, że zaangażowanie Arcadis nie daje podstaw do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 19 pzp.

Odwołujący zarzucili również Zamawiającemu, że naruszył również zasadę proporcjonalności, gdyż wykluczenie Konsorcjum z udziału w postępowaniu nie będzie służyło realizacji ochronie równej i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, bo cel ten nie jest zagrożony przez udział Konsorcjum w tym postępowaniu). W konsekwencji wykluczenie Konsorcjum powoduje, że Zamawiający dokona wyboru innej, mniej korzystnej oferty. Skoro wykluczenie Konsorcjum nie przyczyni się w żaden sposób do ochrony uczciwej konkurencji, a jednocześnie zagraża interesowi Zamawiającego, który może być pozbawiony możliwości wyboru optymalnej dla niego oferty, Zamawiający nie powinien korzystać z takiego instrumentu.

{KIO 664/21}

W odpowiedzi na odwołanie z 6 maja 2021 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

Zamawiający stwierdził, że przedstawione uzasadnienie bazuje na przywołaniu orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych oraz na stwierdzeniach o charakterze ogólnym, generalnym oraz na nieaktualnym już przepisie art. 11 ust. 4 uznk określającym definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w brzmieniu sprzed nowelizacji, która weszła w życie w 2018 r.

Odwołujący wykazując wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, wskazali wyłącznie, iż informacje handlowe takie jak marża, stosowane rabaty, szczególne warunki umów z dostawcami, wynagrodzenia pracowników oraz inne informacje gospodarcze przedstawiają pewną wartość dla Egis. W dalszej części uzasadnienia zastrzeżenia informacji przedłożył szereg stanowisk judykatury oraz doktryny stanowiących o samej możliwości zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, czego Zamawiający nie kwestionuje, gdyż taka możliwość istnieje, jednakże podmiot, który chce zachować informacje w poufności winien spełnić wszystkie ww. przesłanki wynikające z dyspozycji art. 11 ust. 2 uznk.

W ocenie Zamawiającego na kanwie niniejszego stanu faktycznego nie sposób uznać, że Odwołujący w sposób skuteczny dokonali utajnienia załączników do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej. Zamawiający wskazał, że podstawą do podjęcia decyzji o ich

odtajnieniu była analiza złożonych wyjaśnień w kontekście brzmienia trendu aktualnie prezentowanego przez Krajową Izbę Odwoławczą – obowiązkiem wykonawcy nie jest złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale takich które w sposób rzetelny oraz kompleksowy dowodzą, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa na gruncie obowiązujących przepisów prawa.

Według Zamawiającego Odwołujący przede wszystkim nie wykazali, że podjęli działania mające na celu zachowanie zastrzeganych informacji w poufności, gdyż w uzasadnieniu dokonali wyłącznie wyliczenia podejmowanych działań. Nie zostało wskazane, o jakiego rodzaju unormowania chodzi (regulaminy), jaki krąg pracowników jest obowiązany do ich przestrzegania, a także czy na dzień złożenia wyjaśnień nadal były obowiązujące u tego wykonawcy. Odwołujący nie przedstawili też żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że regulacje faktycznie zostały wdrożone. Zamawiający podkreślił, że część z powyższych działań można wykazać za pomocą dowodów, chociażby okólniki i regulaminy mają postać zmaterializowaną.

Zamawiający powołał się na to, że zgodnie z najnowszym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia stosownych dowodów na poparcie podjętych przez siebie działań (np. wyroku Izby z 20 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2693/20).

Zamawiający podkreślił również, że choć w postępowaniu ofertę złożyło konsorcjum, uzasadnienie odwołuje się wyłącznie do działań podjętych przez jego lidera. W procesie tworzenia zarówno ofert, jak i wyjaśnień ceny rażąco niskiej lider ujawnił partnerowi wszystkie zastrzeżone informacje, a jednocześnie Konsorcjum nie wykazało, jakie działania zostały podjęte, aby partner konsorcjum zachował je w poufności.

{KIO 830/21}

W odpowiedzi na odwołanie z 6 maja 2021 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z brzmieniem instrukcji wypełniania JEDZ w zakresie spornego pytania: *W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie zaangażowania w ramach przygotowania danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku zaistnienia takiego zaangażowania prowadzącego do zakłócenia konkurencji w postępowaniu formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat.*

Według Zamawiającego dokonując literalnej wykładni powyższej instrukcji każdy

wykonawca, który był zaangażowany w ramach przygotowania danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zobligowany jest do zaznaczenia „TAK” w JEDZ, a dopiero w sytuacji, w której takie zaangażowanie prowadziło do zakłócenia konkurencji, winien jest przedłożyć szczegółowe informacje na ten temat.

Zamawiający stwierdził, że wobec tego Odwołujący dokonali błędnej wykładni powyższych zapisów instrukcji, uznając, że nie był zobligowany do udzielenia odpowiedzi twierdzącej, gdyż jego udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania nie prowadził do zakłócenia konkurencji,

Zamawiający potwierdził jako bezsporną okoliczność, że udział Arcadis w przygotowaniu dokumentacji projektowej nie postawił go w pozycji uprzywilejowanej względem pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu (analogiczna decyzję Zamawiający podjął w odniesieniu do TPF sp. z o.o.), stąd Konsorcjum Arcadis nie podlegało wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp).

Według Zamawiającego informacja wskazana przez Arcadis w JEDZ mogła bez wprowadzić go w błąd, skoro nie budzi wątpliwości, że brało ono udział w przygotowaniu postępowania, a tego nie potwierdziło.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z najnowszym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej nie ma żadnego znaczenia, czy zamawiający był w posiadaniu informacji, przez co nie mógłby zostać co do nich wprowadzony w błąd. Co więcej Izba wskazywała, że art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp dotyczy również potencjalnej możliwości wprowadzenia w błąd:

Dla Zamawiającego nie budzi również wątpliwości, że do podania nieprawdziwych informacji przez Arcadis doszło na skutek niedbalstwa lub lekkomyślności. Działanie Arcadis nacechowane jest brakiem staranności, bez dbałości o dokładność i rzetelność. Podwyższona staranność, o której mowa w art. 356 § 2 Kodeksu cywilnego, obejmuje również czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to charakteryzuje się bardzo wysokim stopniem sformalizowania. Zatem każdy wykonawca, który przystępuje do takiego postępowania zobowiązany jest znać obowiązujące w tym zakresie przepisy i zasady z nich wynikające i stosować je przy wszelkich czynnościach wykonywanych w toku trwania postępowania przetargowego.

Co więcej profesjonalnie działający wykonawcy winni doskonale wiedzieć w ramach jakich zamówień publicznych realizowali zlecony zakres prac. Przed przystąpieniem do jakiegokolwiek postępowania każdy z wykonawców winien oprócz weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu takich jak np. zdolność techniczna, dokładnie sprawdzić wszystkie przesłanki wykluczenia z postępowania. Podanie nieprawdziwej informacji dodatkowo w sytuacji, gdy Zamawiający z łatwością może samodzielnie ją zweryfikować,

jest przejawem niedbalstwa ze strony Arcadis.

Zamawiający podkreślił, że:

- właśnie informacje dotyczące sytuacji podmiotowej wykonawcy (tj. podlegania lub niepodlegania wykluczeniu z postępowania) stanowią informację istotną;
- podanie nieprawdziwych informacji może mieć również jedynie potencjalny wpływ na działania Zamawiającego. Nie jest konieczne podjęcie przez Zamawiającego decyzji na podstawie nieprawdziwych informacji przez danego wykonawcę.

{KIO 664/21, KIO 830/21}

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało w całości odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 npzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie którejkolwiek ze spraw, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której wszyscy uczestnicy sporu podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożyli ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie każdy z nich może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp.

Podkreślić należy, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 npzp należy interpretować szeroko jako odnoszący się nie tylko do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Tym samym interes ten może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych



zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania. Jak to trafnie Izba stwierdziła w uzasadnieniu wyroku z 28 maja 2019 r. sygn. akt KIO 873/19, w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną zamówienia publicznego (tak też Izba w uzasadnieniu wyroku z 5 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2144/18).

{KIO 664/21}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Kluczowe znaczenie ma okoliczność, że pierwsze wyjaśnienia dotyczące ceny zawierały w odniesieniu do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa ogólnikowe uzasadnienie, które – jak się okazało na rozprawie – Egis wielokrotnie uprzednio składało w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego. Jest ono na tyle uniwersalne, że na podstawie jego treści nie sposób stwierdzić, że odnosi się również do francuskiej spółki Egis. Przede wszystkim dla tej sprawy oczywiście nie ma znaczenia, jaka była dotychczasowa praktyka Zamawiającego, a to, czy w tym postępowaniu podjął prawidłową decyzję.

Zamawiający prawidłowo ustalił, że treść przedstawionego uzasadnienia {która została powyżej przywołana przy relacjonowaniu treści odwołania z pominięciem obszernie cytowanych wypowiedzi orzecznictwa i doktryny} nie wykazuje, że informacje zawarte w złożonych wyjaśnieniach dotyczących i załączonych do nich dowodach mają dla Konsorcjum Egis wartość gospodarczą. Pomimo względnej obszerności całe to uzasadnienie sprowadzić można do błędnego koła – informacje zawarte w wyjaśnieniach mają dla Konsorcjum wartość gospodarczą, bo dotyczą ceny oferty, a wszelkie informacje w tym zakresie mają wartość gospodarczą.

Zamawiający trafnie również zidentyfikował, że Konsorcjum Egis nie wykazało, że przy zachowaniu należytej staranności podjęło działania w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności. W tym zakresie Konsorcjum ponownie ograniczyło się wyłącznie do ogólnych deklaracji o podjęciu takich działań, które zostały ledwo nazwane. Nie tylko zatem nie przedstawiono żadnych dowodów wykazujących, że w obu spółkach funkcjonuje polityka ochrony informacji (choćby w postaci wyciągu w zakresie najistotniejszych uregulowań), ale nie uprawdopodobniło tej okoliczności, chociażby przez podanie nazw i dat

obowiązujących w tym zakresie regulacji wewnętrznych. Nie wykazano również stosowania jakichkolwiek środków technicznych służących zabezpieczeniu przed ujawnieniem poufnych informacji. Podobnie nie zostało uprawdopodobnione, choćby dzięki wskazaniu, jakie konkretnie osoby zostały zobowiązane do zachowania poufności, z jakich konkretnie dokumentów to wynika, nie wspominając o załączeniu tych dokumentów.

W szczególności według Konsorcjum sam fakt zatrudniania pracowników na umowach o pracę z mocy art. 100 § 2 pkt 4 Kodeksu pracy, zobowiązujący pracownika do zachowania w tajemnicy informacji, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę, jest wystarczający dla utajnienia wysokości pobieranego przez pracownika wynagrodzenia. Takie rozumowanie prowadzi *ad absurdum*, gdyż oznaczałoby, że wszyscy pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę są zobowiązani do chronienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa pracodawcy wysokości wynagrodzenia.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzuty odwołania są niezasadne.

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak to zauważono w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) odnośnie wprowadzenia obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (czyli zmiany art. 8 ust. 3 pzp): *Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce*

*patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu *ad casu* spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.). Ponadto według art. 8 ust. 3 pzp wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków.

Już w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 przesądzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 uznk, czyli że zastrzegane informacje: po pierwsze – mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane

osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Po trzecie – że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ponieważ Konsorcjum Egis nie sprostало obowiązkowi wykazania, że złożone przez nie wyjaśnienia stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa, z uwagi na niewykazanie pierwszej i ostatniej przesłanki, decyzja Zamawiającego o ich odtajnieniu była prawidłowa, a wobec tego nie doszło do naruszenia przez niego żadnego z przepisów wskazanych w odwołaniu, w tym art. 7 ust. 1 pzp.

{KIO 830/21}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Niesporne było w sprawie, że niezależnie od tego, jaką odpowiedź udzieliłoby Arcadis w JEDZ na pytanie o zaangażowanie w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, nie podlegałoby wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt 19 pzp, o czym dobitnie świadczy fakt, że pomimo udzielenia błędnej odpowiedzi negatywnej, Konsorcjum Arcadis nie zostało wykluczone przez Zamawiającego na podstawie tego przepisu.

Skoro nie można powiedzieć, że Konsorcjum Arcadis złożyło nieprawdziwą informację co do tego, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 pzp, obiektywnie rzecz biorąc nie sposób, po pierwsze, aby Zamawiający mógł zostać w tym zakresie wprowadzony w błąd, po drugie, aby powyższa błędna odpowiedź udzielona przez Arcadis mogła choćby potencjalnie mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o tym, czy Konsorcjum Arcadis podlega wykluczeniu na podstawie tego przepisu.

W tej sytuacji bezprzedmiotowe jest rozważanie kwestii zawinienia Arcadis przy udzieleniu wadliwej odpowiedzi, gdyż jest to irrelewantne.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są zasadne.

W art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp określono, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku:

– zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału

w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów {pkt 16};

– lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 17}.

Powyższe przepisy stanowią implementację do krajowego porządku prawnego określonych w art. 57 ust. 4 lit. h oraz i (in fine) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2014, p. 65–242) podstaw wykluczenia w następujących sytuacjach:

– jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 {lit. i};

– jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawił wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h in fine}

W poprzednim stanie prawnym istniała jedna podstawa wykluczenia wykonawcy z powodu składania nieprawdziwych informacji. Według dawnego art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten stanowił implementację art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można było wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. W odróżnieniu od przepisu krajowego hipoteza przepisu dyrektywy obejmowała zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach miało to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei przesłankę wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można było uznać za odpowiednik poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła większych wątpliwości.

W odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przepis art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE wprost odwoływał się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Stąd w orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przy uwzględnieniu art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z czasem skryształizowało się wręcz stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinonego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Według tego stanowiska złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, musi być czynnością dokonaną z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Takie stanowisko sądów okręgowych nie pozostało bez wpływu na orzecznictwo Izby, które uprzednio nie wymagało dla wypełnienia hipotezy normy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp umyślnego zawinienia wykonawcy.

Jednakże Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej) orzekł w związku z wykluczeniem na podstawie art. 94 lit. b rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1 ze zm) – stanowiącego, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji – że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa, i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie

od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny, czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego {por. pkt 75 i 119 wyroku}.

Powyższe orzeczenie Izba wzięła pod uwagę w wyroku z 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/15, argumentując, że co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak zarówno treść przepisu art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego, jak i art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE odwołują się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy, która powinna być interpretowana w taki sam sposób. Stąd Izba doszła do przekonania, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE, wymaga przypisania wykonawcy winy, jednak może to być również niedbalstwo.

W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż częstokroć może wymagać dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty

nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W aktualnym stanie prawnym podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wprost określa, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego może nastąpić w wyniku niedbalstwa, a nawet lekkomyślności wykonawcy. Natomiast przypisanie wykonawcy winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa jest konieczne dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp.

Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak poprzednio obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Zarówno w przypadku dawnego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp jak i obecnie obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp skutek złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych czy niepełnych, czyli wprowadzających w błąd informacji przejawia się w tym, że gdyby wykonawca przedstawił prawdziwe lub pełne informacje, zamawiający podjąłby inną decyzję w prowadzonym postępowaniu, gdyż nie zostałby wprowadzony w błąd. Przy czym należy zaznaczyć, że decyzje odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia, zakwalifikowania do udziału w postępowaniu zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. W tym sensie na potrzeby prowadzonego postępowania znaczenie ma, czy wykonawca



formalnie wykazał w ten sposób spełnianie warunków udziału, kryteriów kwalifikacji czy brak podstaw do wykluczenia. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej tzn., czy biorąc pod uwagę najlepszy możliwy sposób wykazania tych okoliczności przez wykonawcę, obiektywnie spełnia on warunki, kryteria kwalifikacji lub nie podlega wykluczeniu. Skoro według art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, nie ma podstaw prawnych, aby skutek wprowadzenia w błąd zamawiającego odnosić do innego stanu rzeczy niż wynikający ze złożonych przez wykonawcę w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów.

Natomiast taki skutek nie jest wymagany dla wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, gdyż z brzmienia tego przepisu {przywołanego dokładanie powyżej} wynika, że wystarczające jest, aby informacje wprowadzające w błąd mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, co odpowiada sposobowi uregulowania podstawy wykluczenia w art. 57 ust. 4 lit. i (*in fine*) {również przywołanemu dokładanie powyżej}, gdzie także mowa jest jedynie o takim potencjalnym wpływie. Innymi słowy przy niedbałym przedstawieniu wprowadzających w błąd informacji ocena jego istotności jest uzależniona od tego czy mogło to, a nie czy miało to wpływ na decyzje w sprawie udzielenia zamówienia. Jak trafnie wywiódł Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 20 lipca 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 849/18, dla rozważań dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp istotne jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej mieć wpływ na decyzje zamawiającego), natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia, czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje czy wykonał jakiegokolwiek czynności. Sąd podkreślił, że gdyby nawet zamawiający w powołaniu na wypracowane *notorium* (uwzględniając stan posiadanej przez siebie wiedzy) zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Należy wziąć pod uwagę, że wprowadzenie przesłanek wykluczenia ma na celu ochronę zamawiających przez nierzetelnymi wykonawcami. Wykonawca, który w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia podaje istotną informację niemającą odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie rzeczy, nie daje rękojmi rzetelności i sam poddaje w wątpliwość swój profesjonalizm, który wymaga dołożenia należytej staranności ocenianej według podwyższonego miernika.

Jednakże ponieważ w okolicznościach rozpatrywanej sprawy nie została wypełniona

ani przesłanka wprowadzenia w błąd, ani przesłanka wpływu błędnej informacji na decyzję podjętą w postępowaniu, Zamawiający nieprawidłowo wykluczył Konsorcjum. Innymi słowy skoro niesporne było, że Arcadis nie podlega wykluczeniu za udział w przygotowaniu tego postępowania o udzielenie zamówienia, tym bardziej nie może podlegać wykluczeniu za *de facto* niewprowadzenie co do tego w błąd Zamawiającego.

Trafnie również wywiedziono w odwołaniu, że Zamawiający naruszył w ten sposób zasadę proporcjonalności z art. 7 ust. 1 pzp, czyli jedną z podstawowych zasad, których powinien przestrzegać przy prowadzeniu postępowania.

Mając powyższe na uwadze, w sprawie sygn. akt KIO 664/21 Izba stwierdziła, że:

- zarzuty odwołania nie potwierdziły się, stąd orzeczono, jak w pkt 1. sentencji,
- ponieważ Odwołujący w całości przegrali sprawę, stosownie do tego wyniku powinien w całości ponieść koszty, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego, stąd na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) orzeczono, jak w pkt 2. sentencji.

Z kolei w sprawie sygn. akt KIO 830/21 Izba stwierdziła, że:

- naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b nowej ustawy pzp orzeczono, jak w pkt 3. sentencji,
- ponieważ Zamawiający w całości przegrał sprawę, stosownie do takiego wyniku powinien w całości ponieść koszty, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołujących, stąd na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 przywołanego powyżej rozporządzenia orzeczono, jak w pkt 4. sentencji.