

Sygn. akt: **XXIII Ga 539/18**

POSTANOWIENIE

Dnia 4 września 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Alicja Dziekańska (spr.)
Sędziowie:	SO Aneta Łazarska SO Paweł Kieta
Protokolant:	protokolant sądowy Mariusz Bajsztok

po rozpoznaniu w dniu 29 sierpnia 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem zamawiającego (...) **spółki akcyjnej w W.**

odwołującego (...) **spółki akcyjnej w K.**

na skutek skargi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie publicznego (...) **spółki akcyjnej w W., (...) spółki**

z ograniczoną odpowiedzialnością w P. oraz (...) a.s w B. (Republika Słowacka)

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt KIO (...)

postanawia :

1. uchylić wyrok i umorzyć postępowanie w sprawie,
2. nie obciążać skarżącego kosztami postępowania skargowego.

SSO Aneta Łazarska SSO Alicja Dziekańska SSO Paweł Kieta

Sygn. akt: **XXIII Ga 539/18**

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem była Budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Słowackiej wraz z Infrastrukturą, tj. budowa Tłoczni S., w dniu 2 lutego 2018 r. wykonawca (...) S.A. z siedzibą w K. wniósł odwołanie od czynności zamawiającego - (...) S.A. z siedzibą w W.,

polegającej na odmowie odtajnienia informacji w treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) S.A. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w W., (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. (Partner Konsorcjum) oraz (...), a.s. z siedzibą w B., Republika Słowacka (Partner Konsorcjum), zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu odwołania zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 uznk.

W szczególności odwołujący wskazywał, że :

a) Konsorcjum (...) nie wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – wobec braku przedstawienia jakichkolwiek dowodów na te okoliczności;

b) z samej treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, że informacje te nie posiadają przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

c) zakres zastrzeżonych informacji obejmuje informacje, które nie mogą być skutecznie zastrzeżone, tj.:

- wartości parametrów „Sprawności politropowe sprężarek w punktach pracy Agregatów”, stanowiące kryterium oceny ofert K2 podkryterium 2 ppkt c),

- wszelkie informacje służące do wyliczenia kryterium K3 (...), w tym zał. nr 11 do Umowy Serwisowej Tabela OPEX oraz zał. nr 5 do Umowy Serwisowej – Wykaz Części,

- informacje będące podstawą do oceny w kryterium K2 podkryterium 1 „Bezawaryjna praca agregatów sprężarkowych”, zwłaszcza jeśli pochodzą od podmiotów publicznych.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia : (...) S.A. z siedzibą w W., (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. oraz (...), a.s. z siedzibą w B. Republika Słowacka, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 16 lutego 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO (...) w pkt 1. uwzględniła odwołanie oraz nakazała zamawiającemu ujawnienie części oferty, tj. informacji zawartych w treści oferty, a zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia : (...) S.A. z siedzibą w W., (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. oraz (...), a.s. z siedzibą w B. w Republice Słowackiej jako tajemnica przedsiębiorstwa, oraz w pkt 2. obciążyła kosztami postępowania zamawiającego – (...) S.A. z siedzibą w W..

Wydany przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrok został w całości zaskarżony do Sądu Okręgowego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia : (...) S.A. z siedzibą w W., (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. oraz (...), a.s. z siedzibą w B., Republika Słowacka.

Skarżący zarzucili wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej następujące naruszenia :

1. art. 192 ust. 2 Pzp poprzez uwzględnienie odwołania pomimo braku wpływu ewentualnych naruszeń na wynik postępowania, to jest w sytuacji, w której nie było sporne, że cena najkorzystniejszej oferty przekraczała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przy czym zamawiający nie mógł zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Unieważnienie postępowania nastąpiło w dniu 8 marca 2018 r. - w obrocie prawnym nie powinien znajdować się wyrok nakazujący dokonywać czynności w nieistniejącym prawnie postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2. art. 190 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk poprzez przyjęcie, że tylko dokumenty inne niż dokumenty prywatne pochodzące od skarżącego mogą stanowić dowód wypełnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, chociaż katalog środków dowodowych jest otwarty, a nadto z orzecznictwa wynika, że to od charakteru i rodzaju informacji, jak i innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy,

zależy to czy dla „wykazania” w rozumieniu art. 8 ust. 3 Pzp wystarczą jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku, itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów, np. umów, koncepcji, raportów, itd. (tak np. KIO w wyroku z 29.03.2017 r. w sprawie KIO (...));

3. art. 190 ust. 7 Pzp poprzez brak wszechstronnej oceny materiału dowodowego, i dokonanie jego oceny z pominięciem istotnej części tego materiału, a także poczynienie ustaleń faktycznych sprzecznych z jego treścią, wbrew zasadom doświadczenia życiowego i logiki, co doprowadziło do błędnego ustalenia:

a. jakoby skarżący nie udowodnili zawarcia umowy z (...), chociaż ze wskazanych w skardze stron oferty skarżących oraz z ich pisma z dnia 02.02.2018 r. (sygnatura (...)) oraz z dnia 16.02.2018 r. (sygnatura (...)) wynikało, iż skarżący – nie dysponujący własnymi zasobami i danymi w tym przedmiocie – nie byłoby zdolni przygotować oferty zgodnej z treścią SIWZ w części finansowej i technicznej, a następnie składać wyjaśnień oferty w toku postępowania gdyby nie uzyskali szczegółowych informacji od podmiotu, który musiał je szczegółowo dobrać oraz zestawić w sposób formalnie i materialnie zgodny z SIWZ - KIO pominęła tu, że uzyskanie od przedsiębiorcy istotnych danych, w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego świadczy o uzyskaniu oraz wykonywaniu tytułu prawnego (zawarcie umowy);

b. że ujawnieniu podlegają całe dokumenty, a nie konkretne informacje w nich zawarte, co doprowadziło m.in. do nakazania ujawnienia oferty en bloc, w tym informacji zawierających m.in. dane osobowe z rejestrów karnych Stanu Teksas dot. P. M. K. pomimo, że z treści tych dokumentów wynikało, że ujawnienie może skutkować odpowiedzialnością karną;

c. jakoby Tabela OPEX stanowiła informację dotyczącą ceny w rozumieniu art. 86 ust. 4 Pzp chociaż charakter danych dotyczących OPEX jest odmienny;

d. jakoby skarżący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartym w ofercie nie wykazali wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji oraz podjęcia odpowiednich kroków celem zachowania ich w poufności, chociaż skarżący zastrzegli dostęp do tych danych, a nadto wykazali, na czym polega wartość gospodarcza informacji wskazanych w punkcie 1 przedmiotowego zastrzeżenia, wskazali, że całość zastrzeżonych informacji ujawniają techniczno-organizacyjne plany realizacji inwestycji, a zatem know-how wykonawcy i jego kooperantów, a informacje tam zawarte określają producentów zaproponowanych dostaw, przedstawili materiały stanowiące przedmiot praw własności intelektualnej (...) i informacje dotyczą danych finansowych, cen turbokompresorów, kosztów operacyjnych, które z ich natury mają wartość gospodarczą;

e. nie została wykazana tajemnica przedsiębiorstwa pomimo, że sam odwołując również zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje dotyczące parametrów pracy turbo – sprężarek (zał. 15 do SIWZ); „Wykaz części (zał. 18 do SIWZ); „tabela OPEX” (zał. 21 do SIWZ);

4. art. 190 ust. 5 Pzp poprzez pominięcie znanego Izbie z urzędu faktu, iż w przedsiębiorstwie skarżących funkcjonują polityki bezpieczeństwa informacji oraz tak fizyczne, jak i informatyczne metody zabezpieczenia przed dostępem osób niepowołanych, co było przedmiotem ustaleń Izby w wymienionych w skardze wyrokach KIO;

5. art. 11 ust. 4 uznk w zw. z art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1, art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędną wykładnię, polegającą na pominięciu, iż informacja może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa nawet gdy jej wartość jest potencjalna (m.in. wyrok NSA z 11 stycznia 2017r., sygn. akt II GSK 3487/15; wyrok NSA z 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14; wyrok NSA z 11 stycznia 2017 r. o sygn. akt: II GSK 2147/15), a bezpośrednie wykazanie szkody wskutek ewentualnego jej ujawnienia nie stanowi przesłanki zachowania informacji w poufności;

6. art. 11 ust. 4 uznk w zw.z art. 39 ust 2 Porozumienia TRIPS, w szczególności poprzez pominięcie wynikającej z art. 39 norm , że informacje „mają wartość handlową dlatego, że są poufne”;

7. art. 8 ust. 3 Pzp poprzez przyjęcie, że informacje, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, choć przepis art. 8 ust. 3 Pzp odsyła wyłącznie do art. 86 ust. 4 tejże, co skutkowało błędnym uznaniem przez Izbę, że informacje o deklarowanych osiągnięciach technicznych agregatów sprężarkowych muszą być jawne, gdyż zamawiający będzie musiał podać przyznane punkty w każdym podkryterium, a dane OPEX stanowią informacje o cenie.

W uzasadnieniu interesu prawnego we wniesieniu skargi skarżący w szczególności wskazali, iż zaskarżony wyrok nie określa, jakie konkretne informacje znajdujące się na konkretnych stronach oferty skarżących powinny być ujawnione, a odwołujący zastrzegł analogiczne informacje w swojej ofercie, stąd w celu zachowania zasady równego traktowania wykonawców zamawiający również winien zaktualizować ocenę oferty odwołującego w zakresie zastrzeżenia tajemnicy, co jest niemożliwym, gdyż przedmiotowe postępowanie nie istnieje wobec unieważnienia go dnia 8 marca 2018r. na podstawie art. 91 ust.1 Pzp.

Pomimo zatem braku wpływu ewentualnych uchybień w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w obrocie prawnym istnieje wyrok nakazujący dokonanie czynności wobec oferty skarżącego, która zawiera dane uzyskane od kontrahentów na zasadzie poufności. Z tych względów skarżący powołując art. 179 ust 1 Pzp wywodzili interes we wniesieniu skargi.

Mając powyższe na uwadze skarżący wnieśli o uwzględnienie skargi oraz zmianę wyroku i oddalenie odwołania, względnie o uwzględnienie skargi oraz uchylenie wyroku i umorzenie postępowania, ewentualnie uwzględnienie skargi i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy : art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 uznk .

Na rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 29 sierpnia 2018r skarżący podtrzymali wniosek o uchylenie wyroku i umorzenie postępowania.

Przeciwnik skargi (...) S.A. z siedzibą w K. pismem z dnia 18 czerwca 2018 r., powołując przepis art. 198f ust 2 w zw. z art. 192 ust 2 Pzp wniósł o oddalenie skargi oraz zasądzenie na swoją rzecz zwrotu kosztów postępowania wraz z wynagrodzeniem adwokackim wg norm prawem przepisanych.

Na rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 29 sierpnia 2018r. przeciwnik skargi wniósł o oddalenie wniosku o umorzenie postępowania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zgodnie z dyspozycją art. 198f ust. 2 Pzp Sąd oddala skargę wyrokiem, jeżeli jest ona bezzasadna. W przypadku uwzględnienia skargi przepis ten nakazuje sądowi zmianę zaskarżonego orzeczenia i orzeczenie wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach nakazuje wydanie postanowienia. Przepis ten nakazuje także stosować sądowi przy rozpoznaniu skargi odpowiednio, odnoszące się do postępowania przed Izbą, przepisy art. 192-195 Pzp. Przepis art. 192 ust. 2 Pzp stanowi natomiast, iż Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że do uwzględnienia odwołania konieczne jest łączne spełnienie dwóch obligatoryjnych przesłanek, tj. przesłanki naruszenia przepisów ustawy oraz przesłanki wpływu tegoż naruszenia - choćby potencjalnego, na wynik postępowania.

Wskazać następnie należy, iż w dniu wydania wyroku przez KIO, tj. 16 lutego 2018 r. intencje zamawiającego co do toku postępowania z zamówienia nie były jeszcze znane. Zamawiający znając już finansowe warunki złożonych ofert mógł bowiem unieważnić postępowanie lub przeznaczyć dodatkowe fundusze na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający jednak prawomocnie unieważnił postępowanie dopiero w dniu 8 marca 2018 r., a zatem już po wydaniu przez KIO zaskarżonego orzeczenia nakazującego zamawiającemu ujawnienie informacji zawartych w treści oferty skarżących.

Przekładając przepis art. 192 ust 2 Pzp na kanwę rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że nawet przy stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy, naruszenia te nie mogły mieć wpływu na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż zamawiający powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. okoliczność przekroczenia budżetu zamawiającego przez złożone w niniejszym postępowaniu oferty - prawomocnie unieważnił to postępowanie w dniu 8 marca 2018r. Bezspornym jest też, iż decyzja o unieważnieniu nie została zaskarżona przez żadnego z uczestników postępowania.

Oddalenie jednak skargi, w tym – jak wywodził jej przeciwnik powołujący się na art. 198f ust 2 w zw. z art 192 ust 2 Pzp i na brak naruszeń mogących mieć wpływ na wynik postępowania, skutkowałaby pozostawieniem w obrocie prawnym wyroku KIO nakazującego zamawiającemu ujawnienie części oferty, tj. nie sprecyzowanych też w sentencji tego wyroku informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa, których ujawnienie wobec unieważnienia tego postępowania nie znajduje w ocenie Sądu Okręgowego uzasadnienia.

Wywody przeciwników skargi wnoszących o jej oddalenie, a odnoszące się do ewentualnego braku podstaw do ujawnienia powyższych informacji w warunkach oddalenia skargi i prawomocności wyroku KIO nie stanowiły przedmiotu rozpoznania Sądu, już choćby w świetle ram niniejszego rozpoznania sprawy (art. 198f ust 4 Pzp).

W tym stanie za trafne Sąd Okręgowy uznał stanowisko zawarte w uzasadnieniu skargi dotyczące istnienia interesu prawnego skarżących we wniesieniu skargi, gdyż mimo unieważnienia tego postępowania w obrocie prawnym istnieje wyrok nakazujący dokonanie czynności wobec oferty skarżących, która zawiera – jak podnoszą skarżący – dane uzyskane od kontrahentów na zasadzie poufności.

W konsekwencji o ile nie zachodzi zatem w tym stanie faktycznym wskazana w art 192 ust. 2 Pzp przesłanka do uwzględnienia skargi, gdyż ewentualne nawet stwierdzenie naruszenia przez KIO przy wydawaniu wyroku przepisów ustawy nie będzie z pewnością miało nie tylko istotnego ale i żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż postępowanie to nie toczy się już wobec jego unieważnienia – to Sąd Okręgowy uznał, iż zachodzą wskazane w art. 198f ust 2 i 3 Pzp podstawy do wydania postanowienia o uchyleniu wyroku KIO i do umorzenia postępowania skargowego. W związku z okolicznościami faktycznymi sprawy i treścią żądania skarżącego podtrzymywanego na ostatniej rozprawie Sąd Okręgowy zważył też, że kontrola orzeczenia KIO poprzez orzekanie co do istoty sprawy i merytoryczne rozpoznanie skargi wykonawców jest zbędne i bezprzedmiotowe.

Mając też powyższe na uwadze, rozpoznając wnioski o zasądzenie kosztów Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do obciążenia skarżących żądanymi kosztami postępowania skargowego.

SSO Aneta Łazarska SSO Alicja Dziekańska SSO Paweł Kieta