

WYROK
z dnia 18 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Protokolant: Marta Sioma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2019r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2019r. przez **Polcom S.A., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków**

przy udziale **Infomex Sp. z o.o., ul. Wesoła 19B, 34-300 Żywiec** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Infomex Sp. z o.o. z dnia 21 lutego 2019r. dotyczących wyliczenia ceny wraz z załącznikami.

2. kosztami postępowania obciąża Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków i:

1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Polcom S.A., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** tytułem wpisów od odwołania.

1.2. zasądza od **Województwa Małopolskiego, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków** na rzecz **Polcom S.A., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

1.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polcom S.A., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** kwoty **7 500 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z tytułu nadpłaty w uiszczonym wpisie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Województwo Małopolskie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMWM. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 511304-N-2019 z dnia 6.02.2019r.

W dniu 4.03.2019r. Odwołujący - Polcom S.A. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy oraz SIWZ czynności oceny i badania ofert

2. niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Infomex sp. z o.o., pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu,

3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest obowiązany na podstawie ustawy tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Infomex jako niejawnych całości dokumentu z dnia 21.02.2019r. złożonego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, pomimo że informacje zawarte w nieudostępnionej części wyjaśnień rnc nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

4. jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 3 – zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy tj. zaniechania odrzucenia oferty Infomex, pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Infomex nie złożył odpowiednich wyjaśnień – wyjaśnienia rnc nie obalają domniemania, że oferta Infomex zawiera rażąco niską cenę,

5. jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 3 – niezgodnej z przepisami ustawy oceny wyjaśnień rnc złożonych przez Infomex.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Infomex,

2. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ust. 2 i ust. 3 ustawy w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień rnc złożonych przez Infomex, pomimo, że informacje zawarte w nieudostępnionej części wyjaśnień rnc nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto wykonawca Infomex nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w wyjaśnieniach rnc,

3. z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2 – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez Infomex wyjaśnień rnc, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

4. z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2 – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Infomex, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Infomex nie złożył wyjaśnień rnc spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 -3 Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności oceny ofert,

2. udostępnienia całości wyjaśnień rnc,

3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

4. odrzucenie oferty Infomex,

5. dokonanie ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego, którego przedmiotem były usługi kolokacji oraz serwisu pogwarancyjnego sprzętu komputerowego, Zamawiający wezwał Infomex do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, w dniu 6.11.2018r. dokonał wyboru oferty Infomex jako najkorzystniejszej. Odwołujący złożył odwołanie, zarzucając zaniechanie udostępnienia wyjaśnień rnc oraz zaniechanie odrzucenia oferty Infomex jako zawierającej cenę rażąco niską. Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z dnia 3.12.2018r. Sygn. akt 2368/18 uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicę przedsiębiorstwa przez Infomex wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny zawartych w piśmie z dnia 25.10.2018r. W dniu 21.12.2018r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu wyboru oferty Infomex, dokonaniu ponownej oceny ofert oraz ponownym wyborze oferty Infomex jako najkorzystniejszej. Odwołujący – po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień rnc wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty Infomex – wyjaśnienia rnc nie obalały domniemania rażąco niskiej ceny. W dniu 11.01.2019r. Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie Infomex, a wykonawca w dniu 14.01.2019r. złożył oświadczenie, że nie wnosi sprzeciwu. W dniu 15.01.2019r. Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Aktualnie prowadzone postępowanie o zamówienie publiczne nie obejmuje serwisu pogwarancyjnego sprzętu komputerowego podlegającego kolokacji, skrócono także okres obowiązywania umowy – poprzednie postępowanie obejmowało świadczenie usług przez okres 36 miesięcy, zaś obecnie – jedynie przez okres 12 miesięcy. W postępowaniu wpłynęły 3 ofert: oferta Odwołującego, Infomex oraz Flowberg IT Sp. z o.o.

W dniu 19.02.2019r. Zamawiający wezwał Infomex na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, w dniu 21.02.2019r. wykonawca takie wyjaśnienia złożył. Pismem z dnia 26.02.2019r. Infomex oświadczył, że „wyraża zgodę na ujawnienie udzielonych przez niego wyjaśnień”, wskazując zakres stron, które mogą być udostępnione. Z treści wyjaśnień rnc Odwołującemu udostępniono jedynie:

a. uzasadnienie dla zastrzeżenia jawności wyjaśnień rnc – str. 1-4

b. wywód o doświadczeniu, jakie posiada Infomex – str. 4-5 przy czym Infomex powołuje się na powszechnie znaną okoliczność świadczenia wcześniej usług na rzecz Zamawiającego jako podwykonawca firmy Nabino,

c. wskazanie na przedłożenie kalkulacji cenowej z dnia 13.02.2019r. – str. 6,

d. wskazanie na sposób zaprojektowania serwerowni, jako „inteligentnego budynku” -str. 7,

e. wywód o wysokości wynagrodzenia personelu dedykowanego do realizacji zamówienia – str. 8,

f. posumowanie w pkt III, str. 9

Zdaniem Odwołującego wykonawca nie wykazał, że informacje mają charakter wymagany przez ustawodawcę oraz że mają wartość gospodarczą. Uzasadnienie na str. 1-4 zawiera obszernie cytaty z orzecznictwa KIO i wyłącznie enigmatyczne odniesienia do 3 elementów kosztotwórczych: marży, stawek za roboczogodzinę oraz energii elektrycznej. Nie został także spełniony warunek dotyczący braku ujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji. W toku poprzednio prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne, jawne stało się w całości wyjaśnienia rnc składane przez Infomex, w tym jawne stało się wynagrodzenie z tytułu świadczenia usług. Jak sam Infomex wskazał – zespół dedykowany do realizacji zamówienia to zespół od lat zatrudniony na podstawie umów o pracę. Skoro Infomex powołuje się na dotychczasowe doświadczenie – tak jak w poprzednim postępowaniu – to oznacza, że przewidział ten sam zespół do realizacji zamówienia, który był przewidziany w poprzedniej ofercie. Tym samym skutek odtajnienia poprzednio złożonych wyjaśnień, ujawnione do wiadomości publicznej stało się wynagrodzenie miesięczne z tytułu świadczenia usług. Nie ma zatem podstaw, aby obecnie mogło ono zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący podkreślił, że Infomex nie złożył skargi na poprzednie orzeczenie KIO, co oznacza, że uznał wyrok za zasadny i pogodził się z faktem, że jawna staje się między innymi wysokość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług. Ponadto jawne z poprzednio złożonych wyjaśnień są koszty związane z energią elektryczną, łączami światłowodowymi, kosztami internetu itp.

Odnosnie trzeciego warunku (podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) Infomex powołał się na umowę o zachowaniu poufności, jednak powołanie się na takie klauzule w umowach o pracę jest niewystarczające. Infomex powinien, jakie inne środki zastosowano w jego przedsiębiorstwie- jakie procedury obowiązują, jakie są zabezpieczone systemy przechowywania informacji itp. Brak wskazania na takie środki powoduje nieskuteczność dokonania zastrzeżenia. Odwołujący wskazał także na zakres zastrzeżenia – na str. 4 Infomex wskazuje bowiem, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje zawarte w wyjaśnieniach. Infomex w ogóle nie wskazuje w zakresie zastrzeżenia, że także informacje zawarte w załącznikach stanowią taką tajemnicę. Tym samym załączniki powinny podlegać udostępnieniu. Zdaniem Odwołującego, wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzegane przez niego informacje mają wartość gospodarczą.

Odwołujący, wskazał także na zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień, nieprawidłowej oceny wyjaśnień oraz zarzut zaniechania odrzucenia oferty Infomex, zastrzegając że zarzuty te są jedynie alternatywne i winny być one oceniane dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do całości wyjaśnień rnc. Odwołujący wniósł o nierozpatrywanie tych zarzutów, w sytuacji, gdyby Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia wyjaśnień rnc.

W zakresie zarzutu rnc, Odwołujący jedynie z ostrożnością wskazał, że Infomex załączył jako dowód na wysokość poniesionych kosztów 2 dowody: umowę South Energy oraz faktury Tauron Dystrybucja i ofertę na łącza światłowodowe. Pozostałe dokumenty nie są dowodami, które mogą wskazywać na prawidłowość kalkulacji oraz wysokość ponoszonych kosztów. Kalkulacja cenowa z dnia 13.02.2019r. nie jest dowodem, ale jest oświadczeniem własnym strony. „Raport placowy 2019r” nie jest dowodem na wysokość konkretnych kosztów osobowych ponoszonych przez Infomex. Jak wynika z wyjaśnień Infomex przyjął do kalkulacji rzeczywiste stawki zatrudnionego personelu, a zatem winien dołączyć jako dowody do wyjaśnień rnc umowy o pracę tego dedykowanego personelu. Tylko taki dowód wykazywałby prawidłowość szacowanych kosztów osobowych. Infomex winien wykazać dla każdego specjalisty konkretną umowę i konkretne koszty, jakie będą ponoszone w związku z jego zatrudnieniem przy realizacji przedmiotu zamówienia. Brak takich elementów stanowi o złożeniu wyjaśnień ogólnikowych, niepopartych dowodami.

Jedyną oszczędnością, jaka zachodzi po stronie Infomex to brak kosztów wykonania migracji sprzętu z obecnego miejsca kolokacji. Jest to kwota rzędu 35 000zł i taka oszczędności nie wyjaśnia możliwości zaoferowania tak niskiej ceny. W wyjaśnieniach Infomex nie wskazał na żadne inne oszczędności w realizacji przedmiotu zamówienia, które istniałyby tylko po stronie Infomex, a nie istniałyby po stronie innych wykonawców świadczących w ramach swego przedsiębiorstwa usługi kolokacji czy też usługi wsparcia i administracji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Infomex nie przedstawił w wyjaśnieniach rnc żadnego wyliczenia czasochłonności dla usług. Przedstawił w odwołaniu zestawienie zbiorcze czasochłonności, z której wynika że min ilość godzin m-czna jaką trzeba przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia to 462 godziny. Nawet przy najniższej dopuszczalnej prawem stawce w wysokości 14,50 zł za 1 godz. Daje to kwotę 6 699 zł miesięcznie. Przy czym minimalna stawka na rynku

informatycznym to 80 zł za godzinę. Sam Infomex wskazał w wyjaśnieniach rnc, że wynagrodzenie specjalistów to kwota która oscyluje wokół 10 000 zł brutto, zatem minimalna stawka to 462 godziny. Zdaniem Odwołującego Infomex nie doszacował ceny oferty, nie ujął w niej kosztów świadczenia usług.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w celu realizacji przedmiotu zamówienia należy wykonać szereg usług jednorazowych, których koszt wykonania też powinien być ujęty w cenie oferty. Odwołujący w tabeli wymienił: łącza dedykowane światłowodowe, łącza internetowe, zarządzanie systemami operacyjnymi, zarządzanie bazami danych, monitoring usług sieciowych – razem 492 godziny. Te koszty nie zostały ujęte w cenie oferty Infomex, bowiem kwota oferty nie wystarczy nawet na pokrycie samych usług powtarzalnych.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy oraz w złożonych pismach procesowych, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych 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 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy 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.

Zwrócić należy uwagę, że ciężar wykazania skuteczności zastrzeżonych informacji spoczywa na wykonawcy, który takie informacje zastrzega. Istotne jest także to, że wykazanie skuteczności zastrzeżenia musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału i nie może ono budzić żadnych wątpliwości. Z tych też względów, Izba oceniając skuteczność poczynionego zastrzeżenia bierze pod uwagę przedstawioną nie później niż w terminie składania ofert treść uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych informacji.

Mając powyższe na uwadze Izba zważyła, że w złożonych przez wykonawcę Polcom wyjaśnieniach z dnia 21.02.2019r. brak jakichkolwiek informacji co do powodów uznania, że dane dotyczące kontrahentów, dane zawarte w kalkulacji cenowej, w tym dotyczące wysokości stosowanych marż czy stawek za energię elektryczną mają wartość gospodarczą, techniczną czy organizacyjną dla tego wykonawcy. Wykonawca poprzestał w tym zakresie jedynie na krótkim stwierdzeniu, że informacje te mają wartość gospodarczą, nie podając żadnych powodów takiego przyjęcia, nie wykazał jaki wpływ na ewentualną konkurencyjność prowadzenia działalności przez Infomex będzie miało ujawnienie takich informacji. Jak wskazał NSA w wyroku z dnia 10.01.2014r. I OSK, 2112/13, aby określone informacje mogły zostać objęte tajemnicą, przedsiębiorca musi wykazać, że ujawnienie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy. Tymczasem, w złożonych wyjaśnieniach wykonawca, uzasadniając wartość gospodarczą chronionych informacji powołał się jedynie na orzeczenia KIO dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie. Wykonawca nie podał żadnych powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeganych informacji, w tym kalkulacji cenowej, odwołując się w tym zakresie jedynie do ogólnych stwierdzeń i orzecznictwa. Z tych względów Izba uznała, że wykonawca nie wykazał ziszczenia się pierwszej przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa tj. nie wykazał, że informacje przez niego chronione mają wartość gospodarczą.

Słusznym jest także stanowisko Odwołującego, iż na skutek ujawnienia wyjaśnień złożonych w poprzednio prowadzonym, uniważnionym postępowaniu o zamówienie publiczne jawne stało się wynagrodzenie z tytułu świadczenia usług, koszty związane z energią elektryczną, łączami światłowodowymi oraz kosztami Internetu. Z tych względów co do szeregu, aktualnie zastrzeżonych informacji nie został spełniony warunek dotyczący „nieujawnienia do wiadomości publicznej”. Zdaniem Izby, Infomex nie sprostął ciężarowi wykazania, że informacje zawarte w wyjaśnieniach rnc spełniają przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niezależnie od braku wystarczającego uzasadnienia, objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, w ocenie Izby, załączona kalkulacja cenowa zawierająca elementy cenotwórcze oferty i nakłady nie jest informacją gospodarczą, która mogłaby podlegać ochronie. Obrazuje ona jedynie sposób kalkulowania ceny oferty, która co do zasady jest jawna.

Wykonawca Infomex nie wykazał także dlaczego tajemnicą przedsiębiorstwa objęta jest umowa sprzedaży energii oraz załączone faktury Tauron. W dokumentach tych podano standardowe stawki obowiązujące w taryfie tych usług, co wynika z wyjaśnienia złożonego przez samego wykonawcę Infomex, gdzie str. 7 podano: „zgodnie z aktualną taryfą energii wynikającą z podpisanych przez wykonawcę umów i przy aktualnym poziomie odbieranego wolumenu (...) wykonawca przyjął na standardowym poziomie 0,675 zł netto”.

W toku postępowania odwoławczego potwierdziło się, iż uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało zastosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców a nie jako prawo wykonawcy zapewniające ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach definicji zawartej w art. 11 ust. 2 uznk.

Wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp polegającego na zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień rnc złożonych przez Infomex, Izba, zgodnie z żądaniem Odwołującego zawartym w odwołaniu, pozostawiła bez rozpoznania zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Infomex z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: