

WYROK

z dnia 11 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 11 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego

27 maja 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Konwerga sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Najem zaprojektowanego, wybudowanego, zainstalowanego i uruchomionego systemu monitoringu wizyjnego miasta Płocka, składającego się z 115 punktów kamerowych (nr postępowania SM.WKiL.341/1/8184/18)

prowadzonym przez zamawiającego: Straż Miejska w Płocku

przy udziale wykonawcy: Petrotel sp. z o.o. z siedzibą w Płocku - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Straży Miejskiej w Płocku udostępnienie informacji zawartych w „Formularzu oferowanych urządzeń” oraz „Szczegółowym opisie funkcjonalności proponowanego systemu” (wraz z załącznikami) złożonych przez Petrotel sp. z o.o. z siedzibą w Płocku jako niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża w częściach równych Odwołującego i Zamawiającego:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7788 zł 16 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset osiemdziesiąt osiem złotych szesnaście groszy) - stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

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 Płocku.

Zamawiający Straż Miejska w Płocku prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. Najem zaprojektowanego,

wybudowanego, zainstalowanego i uruchomionego systemu monitoringu wizyjnego miasta Płocka, składającego się z 115 punktów kamerowych (nr postępowania

SM.WKiL.341/1/8184/18).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 14 listopada 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S_219 pod poz. 501096.

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

17 maja 2019 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w prowadzonym postępowaniu zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Petrotel sp. z o.o. z siedzibą w Płocku {dalej również „Petrotel”}.

27 maja 2019 r. Odwołujący Konwerga sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu Polska {dalej również: „Konwerga”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art.7 ust. 1 - polegające na zaniechaniu ujawnienia pełnej treści oferty Petrotel, tj. załącznika nr 3 do oferty - „Wykazu oferowanych urządzeń” {dalej również: „Wykaz”} oraz załącznika nr 5 do oferty - „Szczegółowego opisu funkcjonalności oferowanego rozwiązania technicznego do wykonania systemu monitoringu” {dalej również: „Opis”}, a także innych dokumentów, które nie zostały udostępnione Odwołującemu.
2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art.89 ust. 1 pkt 3 - przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą przejrzystości, uniemożliwiający Odwołującemu weryfikację złożonej oferty pod kątem spełnienia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}, z uwagi na uznanie za prawidłowe zastrzeżenia dokumentów dokonane przez Petrotel.
3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 - przez zaniechanie przeprowadzenia procedury związanej z wyjaśnianiem ofert ze względu na okoliczność możliwości zaofiarowania rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji, co z kolei doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 3 i mogło prowadzić do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3.

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

1. Odtajnienia dokumentów wskazanych powyżej z uwagi na fakt, że dokumenty te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.
2. Unieważnienia wyboru oferty.
3. Przeprowadzenia badania ofert ze względu na możliwość zaofiarowania rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 1.-2. listy zarzutów}

Odwołujący przedstawił następujący przebieg postępowania:

18.04.2019, tj. w dniu otwarcia ofert, na podstawie art. 96 ust. 3 pzp Konwerga zwróciła się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie oferty Petrotel;

23.04.2019 w odpowiedzi Zamawiający przesłał ofertę Petrotel bez załącznika zawierającego wykaz oferowanego sprzętu {dalej również: „Wykaz”}, który został przez wykonawcę utajniony. Zamawiający dodał, że ponieważ zwrócił się do Petrotelu o odtajnienie tego dokumentu, informację w tym zakresie przekaze później.

23.04.2019 Konwerga złożyła wniosek o ujawnienie powyższego dokumentu.

17.05.2019 Zamawiający odpowiedział, że ponieważ Petrotel w swoich odpowiedziach z 23.04.2019 oraz 15.05.2019 podtrzymał swoje stanowisko, nie odtajni tego dokumentu.

20.05.2019 Konwerga złożyła wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami.

23.05.2019 Zamawiający w odpowiedzi przesłał kolejne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące załącznika nr 5 - Opisu, bez przesłania owego dokumentu.

Odwołujący podał również, że:

- oferowane produkty dobrane zostały przez każdego z wykonawców na podstawie szczegółowych wymagań Zamawiającego wynikających z opisu przedmiotu zamówienia z załącznikami, a opis stanowi jedynie jego dopełnienie;
- Petrotel sam dobór urządzeń na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego {dalej również: „PFU”} oraz powszechnie dostępnych specyfikacji technicznych, których nie jest twórcą, uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa;
- specyfikacje techniczne oferowanych produktów, powszechnie udostępniane przez producentów w Internecie, opisują właściwości, parametry czy funkcjonalności i nie zawierają unikalnych czy chronionych informacji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że bezpodstawne utrudnienie dostępu do informacji z oferty Petrotelu nie pozwala na urzeczywistnienia zasady jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym samym narusza art. 8 ust. 1 oraz art.7 ust. 1 ustawy pzp. W ocenie Odwołującego powyższe dokumenty zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa niezasadnie, w celu utrudnienia, a właściwie uniemożliwienia mu weryfikacji zgodności oferty Petrotelu z SIWZ.

Odwołujący dodał, że art. 8 ust. pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może ujawniać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowi wyjątek, który nie podlega wykładni rozszerzającej. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej również: „uznk”}, zgodnie z którym 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.

Zdaniem Odwołującego doborowi produktów odpowiadających szczegółowym wymaganiom Zamawiającego nie można przypisać żadnej wartości gospodarczej, gdyż nie ma w tym przypadku mowy o autorskiej, unikalnej koncepcji realizacji zamówienia, czy wymagającym ochrony know-how wykonawcy. Samo wyspecyfikowanie określonych urządzeń istniejących na rynku i także wielokrotnie już oferowanych w postępowaniach przetargowych, nigdy nie było i nie może być uznawane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł również, że ponieważ zestaw wymagań stworzony został przez Zamawiającego na potrzeby konkretnego postępowania, nie ma mowy o ewentualnej możliwości wykorzystania Wykazu czy Opisu w innym projekcie.

Zdaniem Odwołującego Wykaz i Opis stałyby się ponadto jawne w razie podpisania umowy z Petrotelem, co również uniemożliwia uznanie ich za mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący powołał się na to, że za utrwalone w orzecznictwie Izby należy uznać stanowisko wyrażone w uzasadnieniu z 8 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 879/16: Wykonawca nie wykazał, że przedstawione rozwiązanie jest czymś, co stanowi rozwiązanie oryginalne i do czego dostęp mają nieliczni, a także że strona podjęła określone działania w celu zabezpieczenia przed nieuprawnionym dostępem do tych informacji. Oferowane urządzenia - informacje o nich są ogólnie dostępne, powszechnie publikowane, w szczególności w różnych specyfikacjach technicznych, ulotkach produktów lub na stronach internetowych. Twierdzenie Wykonawcy (...) że „właściwy dobór odpowiednich komponentów technologicznych jest kluczową umiejętnością firmy, odpowiadającą za sukcesy lub porażki we współzawodnictwie z innymi podmiotami na bardzo konkurencyjnym rynku szczególnie w przypadku rozwiązań projektowanych i budowanych pod konkretne zamówienia w celu jego optymalizacji jakościowej i kosztowej” jest ogólnikowe, mógłby je przedstawić każdy wykonawca. Współzawodnictwo jest zupełnie naturalnym elementem w przetargu. Trafnie zauważył Odwołujący, że nie są to poufne rozwiązania techniczne, skoro rozwiązania są funkcjonalnie jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie i zostały narzucone w SIWZ. Nie mogą zostać zatem uznane za poufne, skoro znają je wszyscy wykonawcy i jako takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Oferowane przez w/w wykonawcę produkty, mogą być dostępne na rynku praktycznie dla każdego zainteresowanego ich nabyciem, a ich producenci powszechnie udostępniają opisy swoich rozwiązań i cenniki swoich produktów. Wykonawca (...) zastrzegł w postępowaniu tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wykazu sprzętu, którego nie jest producentem (twórcą). Jedynie nabywa określone produkty od producentów tych produktów. Samo wyszczególnienie typu/modelu, nazwy producenta, zestawienia elementów, nie narusza know-how Wykonawcy (...) Wykaz sprzętu oferowanego w postępowaniu sposób nie świadczy o wiedzy technicznej i technologicznej oferenta, w szczególności, gdy wymagania zostały określone w treści SIWZ, a wykonawca miał jedynie w wyjaśnieniach potwierdzić spełnienie wymagań. Oferowane produkty w otwartej procedurze przetargowej są jawne. Nie można mówić o poniesieniu przez Wykonawcę szkody, skoro informacje staną się jawne po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Tajemnica przedsiębiorstwa, jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy.

A także w uzasadnieniu wyroku z 7 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1239/13: W ocenie Izby nie noszą znamion tajemnicy przedsiębiorstwa informacje wskazujące na producenta oraz model oferowanego sprzętu. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie pozostawił wykonawcom dowolności w zakresie skomponowania infrastruktury sprzętowo-systemowej co mogłoby być uznane za know-how danego wykonawcy. Zdaniem Izby tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymogom postawionym przez zamawiającego.

Ponadto Odwołujący wskazuje na cały szereg wyroków Krajowej Izby Odwoławczej:

1. Wyrok z 14 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2817/10, w którym Izba nakazała zamawiającemu odtajnienie dokumentu pn. „Formularz opisu oferowanego przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia”, w którego treści wykonawca zobowiązany był podać nazwy producenta, modelu oraz typu oferowanego urządzenia, nazwę komponentu, a w szczególności oferowane parametry techniczne.
2. Wyrok z 11 marca 2011 r. sygn. akt. KIO 399/11: Zdaniem Izby znajdujące się w części zastrzeżonej oferty Przystępującego informacje nie mieszczą się w powyższej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności karty charakterystyki produktów nie można uznać za dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jako, że informacje tam zawarte zostały skierowane przez producentów do szerokiego grona odbiorców. Dokumenty te, jako ujawnione do wiadomości publicznej, nie spełniają wskazanego w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, warunku do uznania informacji w nich zawartych za tajemnicę przedsiębiorstwa (...) Należy również zauważyć, iż dokonana klasyfikacja dokumentów pod kątem ich jawności musi również zapewniać zachowanie równości i konkurencyjności ocenianych ofert.
3. Wyrok z 12 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2793/10: Nie sposób również podzielić stanowiska przystępującego, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana wiedza o spełnianiu wymogów SIWZ. Izba wskazuje, iż informacje opracowywane na potrzeby konkretnego postępowania, w tym przede wszystkim w oparciu o informacje przedłożone przez zamawiającego w SIWZ a więc jawne, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

4. Wyrok z 16 listopada 2010 r. sygn. akt: KIO 2389/10, w którym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała odtajnienie części oferty niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, a dotyczących m.in. specyfikacji parametrów technicznych oraz opisu oferowanego sprzętu.

5. Wyrok z 14 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2817/10 w którym Izba nakazała odtajnienie niesłusznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofertach, a dotyczących opisu oferowanego przez wykonawców przedmiotu zamówienia, którego wzór stanowi załącznik nr 2A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wskazanych w SIWZ certyfikatów, oświadczeń i innych dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi/dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

6. Wyroku z 7 marca 2014 r. sygn. akt KIO 341/14, w którym Izba zwróciła uwagę na to, że zastrzeżenie podlega weryfikacji każdorazowo w stosunku do każdego wręcz zdania znajdującego się w dokumencie. Brak jest podstaw do przyjęcia zasady, iż objęcie

tajemnicą przedsiębiorstwa jakiegoś parametru, rozciąga się automatycznie na wszystkie wyjaśnienia wykonawcy z nim związane.

7. Wyrok z 18 października 2018 sygn. akt KIO 2077/18: III doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (...) W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa. (...) Konieczne jest zatem udowodnienie, że informacja taka posiada wartość gospodarczą. W konsekwencji wykonawcy zobowiązani byli udowodnić zamawiającemu, jaką korzyść gospodarczą odniosą z tego, że zastrzegane informacje pozostaną poufne. Oprócz głosownych i ogólnych stwierdzeń, informacji takich próżno było szukać w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez wykonawców. (...) Gdyby jednak zupełnie wyjątkowo uznać, że w tej konkretnej sprawie dobór jakiegoś urządzenia do wymagań zamawiającego miał jakąś wartość gospodarczą, to obowiązkiem wykonawców, wynikającym z art. 8 ust. 3 Pzp, było wskazanie tego faktu zamawiającemu w ustawowym terminie. Dostrzec także należało, że naruszeniem art. 8 ust. 3 ustawy pzp jest umożliwienie wykonawcom wykazywania zasadności zastrzeżenia po upływie ustawowego terminu.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności:

Zamawiający podał przy otwarciu ofert kwotę 8.084.500,00 zł, która została odzwierciedlona w protokole postępowania.

W rozdziale V pkt 1 SIWZ Zamawiający określił, iż czas najmu systemu monitoringu jest równy dla wszystkich części i wynosi 38 rat. Ponadto w rozdziale I pkt 1 Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako najem 115 punktów kamerowych. Stąd sumaryczna liczba rat stanowi iloczyn tych dwóch wartości (38 x 115 = 4,370 rat). Oznacza to, że Zamawiający określił wartość jednej raty na 1.850 zł brutto (8.084.500,00 / 4.370).

W protokole postępowania wskazano, iż wartość zamówienia oszacowano 28.09.2018 oraz dokonano jego aktualizacji w dniu 01.04.2019 w oparciu o notatki służbowe w zakresie szacowania wartości zamówienia.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty, przy czym oferta Petrotelu jest niższa od oferty Odwołującego o ponad 5%.

Petrotel zaoferował cenę 1.162,35 zł za jedną ratę, a więc niższą o ponad 37% od szacowanej wartości zamówienia.

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1a pkt 1 pzp zamawiający zobligowany jest do przeprowadzenia wyjaśniania ofert, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zatem w powyższych okolicznościach Zamawiający powinien był przeprowadzić takie badanie. Zdaniem Odwołującego nie można tutaj mówić o żadnych oczywistych okolicznościach, gdyż na podstawie samego Wykazu oraz Opisu, które nie zawierają cen jednostkowych, nie sposób szacować koszty wykonania zamówienia.

Zdaniem Odwołującego różnica ponad 5% pomiędzy ofertami jest istotna w sytuacji, gdy Zamawiający precyzyjnie wyspecyfikował przedmiot zamówienia. Ponadto Zamawiający dopuścił różne warianty sieci teletransmisyjnej, co dodatkowo może utrudnić szacowanie wysokości kosztów.

Odwołujący wywiódł, że biorąc pod uwagę historię postępowań na wynajem systemu monitoringu prowadzonych pierwotnie przez Gminę Płock, a teraz przez Straż Miejską w Płocku oraz fakt, że w razie podpisania umowy z Petrotelem, będzie on jedyną firmą wynajmującą system monitoringu w Płocku, prawdopodobne jest dopuszczenie się przez Petrotele czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaniżeniu ceny w celu eliminacji innych przedsiębiorców (w tym przypadku Odwołującego), co stanowi naruszenie art. 15 ust. 1 uznk, co z kolei stanowiłoby podstawę do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp. Nie sposób jednak zaprzeczyć lub dowieść takiego działania bez szczegółowego wyjaśnienia elementów kosztotwórczych, o których Zamawiający nie ma wiedzy, a o które nie tylko mógł, ale powinien był wystąpić.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie Petrotele.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) - Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie uznał żadnego z zarzutów odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie udostępnienia części oferty Przystępującego może uniemożliwić Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, skoro nie może on skutecznie skarżyć ewentualnych uchybień Zamawiającego przy badaniu tej oferty. Podobnie zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty uniemożliwia Odwołującemu skuteczne skargę, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1.-2. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Według s.i.w.z. szczegółowe wymagania techniczne w zakresie: urządzeń dla systemu monitoringu wizyjnego, funkcjonalności systemu, sieci transmisji danych między punktami kamerowymi a wyznaczonymi Centrami Monitoringu Wizyjnego zostały określone w załączonym programie funkcjonalno-użytkowym stanowiącym załącznik nr 1 jako Dział II s.i.w.z. - Opis przedmiotu zamówienia.

W szczególności w treści PFU określono szczegółowe wymagania techniczne dla kilkunastu rodzajów urządzeń lub sprzętu (UPS - pkt 2.9., przełącznik dostępowy - pkt 2.5., przełącznik rdzeniowy - pkt 2.4. tabela 1., macierz - pkt 2.8., serwer - pkt 2.7., kamera obrotowa - pkt 2.1.1. tabela 1., kamera fisheye - pkt 2.1.1. tabela 2., szafa rack 19" 42U - pkt 2.6. tabela 1., szafa rack 19" 18U - pkt 2.6 tabela 2., przełącznik przemysłowy - pkt 2.2. tabela 1., zasilacz - pkt 1.7.7, wkładki SFP - pkt 2.2. i 2.4. tabele 2., stacja operatorska - pkt 2.12., monitor stacji operatorskiej 32" - 2.13., monitor stacji archiwizującej 27" - 2.14., drukarka - 2.10., przełącznica światłowodowa, system zarządzania - pkt 1.7.7.1.1.) oraz oprogramowania (pkt 1.7.6.)

W ramach oferty należało sprecyzować w formularzu nr 3 (patrz rozdział VIII pkt 8 ppkt 5 i.d.w.) model i producenta oferowanego urządzenia lub sprzętu dla 11 pozycji spośród powyżej wymienionych (kamera obrotowa, kamera fisheye, system zarządzania, przełącznik przemysłowy lub urządzenie radiowe do podłączenia kamer, przełącznik rdzeniowy, przełącznik dostępowy, serwer, macierz dyskowa, stacja operatorska, monitor stacji operatorskiej, monitor stacji archiwizującej).

Ponadto zgodnie z rozdziałem VIII pkt 5 ppkt 1 i.d.w. na wezwanie Zamawiającego wykonawca zobowiązany jest złożyć w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego szczegółowy opis funkcjonalności proponowanego systemu monitoringu (parametry funkcjonalne odniesione do wymagań Zamawiającego).

Petrotel złożył ofertę zawierającą wypełniony formularz nr 3, w którym podał model oraz producenta dla każdej z 11 pozycji.

Ponadto w odpowiedzi na odrębne wezwanie Zamawiającego Petrotel złożył tabelaryczne zestawienie pn. „Szczegółowy opis funkcjonalności proponowanego systemu” {myląc określone również jako załącznik nr 5 do oferty}, zawierające zestawienie wymagań PFU i potwierdzenie ich spełniania, do którego załączył karty katalogowe oferowanych urządzeń i sprzętu. Potwierdzenie spełniania wymagań określonych w PFU sprowadza się do ich ponownego przepisania z uwzględnieniem podania nazw urządzeń lub oprogramowania, które ma zapewnić wymagane funkcjonalności.

W złożonych wraz z tymi dokumentami pisemnych uzasadnieniach ich utajnienia Petrotel nie sprecyzował, na czym polega wartość gospodarcza utajnionych informacji, a zamiast tego ogólnikowo powołał się na to, że:

- analiza wymagań Zamawiającego dla elementów składowych systemu, koncepcja techniczna systemu, dobór urządzeń, oprogramowania oraz konfiguracja tych elementów (i wprowadzone modyfikacje oraz rozszerzenia sprzętowe) stanowią autorskie opracowanie Petrotel wykonane na podstawie PFU;
- dobór odpowiednich urządzeń oraz weryfikacja możliwości ich współpracy jest efektem przeprowadzonych przez spółkę testów i konsultacji, wieloletniego doświadczenia w przygotowaniu i realizacji projektów z obszaru monitoringu wizyjnego oraz teleinformatyki oraz opracowania rozwiązań technicznych z zakresu transmisji danych, zasilania elektrycznego, konstrukcji oraz konfiguracji funkcjonalności urządzeń;
- całość informacji zawartych w treści pisma stanowi o przewadze konkurencyjnej Petrotelu i ujawnienie chociażby części informacji może stanowić podstawę do przeprowadzenia skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i narazić spółkę na niepowetowaną szkodę.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są zasadne.

Przypomnienia wymaga, że 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 przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolę 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 uzk, 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.

Należy podkreślić, że nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem sine qua non w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu,

że pozostanie poufna.

Skoro Petrotel nie wykazał Zamawiającemu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, jest to wystarczające dla stwierdzenia, że zarzuty odwołania należy uznać za zasadne. Przystępujący powinien był bowiem sprecyzować i wykazać już w ramach uzasadnienia załączonego do utajnianego dokumentu, w jaki konkretnie sposób odtajnienie konkretnych informacji osłabiłaby jego pozycję rynkową, czemu nie sprostał. Ogólnikowe

i enigmatyczne wywody zawarte w pismach składanych wraz z Wykazem i Opisem nie wykazują żadnej konkretnej wartości gospodarczej, są typową nowomową stosowaną przez wykonawców dla uzasadnienia utajnienia całych dokumentów w sytuacji, gdy nie są w stanie zidentyfikować informacji, które rzeczywiście mają dla nich wartość gospodarczą.

Umknęło uwadze Petrotelowi, że skoro parametry techniczne systemu monitoringu zostały określone przez Zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do poszczególnych urządzeń w taki sposób, że zadaniem wykonawcy był jedynie dobór na podstawie swojej wiedzy i doświadczenia konkretnych urządzeń dostępnych na rynku. Oczywiście na rynku może istnieć większa lub mniejsza liczba urządzeń odpowiadających wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia, jednak ich specyfikacje techniczne są powszechnie udostępniane przez producentów.

W przedstawionym przez Petrotel uzasadnieniu utajnienia informacji dotyczących oferowanych urządzeń i potwierdzenia spełniania wymagań dla systemu monitoringu brak jest w ogóle odniesienia do tego, że nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla tych osób, co zapewne wynika z faktu, że odnosi się ono ściśle do przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa według poprzedniego stanu prawnego, gdzie wymagane było jedynie, aby informacje były nieujawnione do wiadomości publicznej, czyli dla każdego. Już z tego powodu za niewystarczające należy uznać powołanie się właśnie na to, że informacje zastrzeżone w ofercie nie są dostępne publicznie. Wydaje się wręcz, że Petrotel błędnie zakłada, że skoro dla prawidłowego doboru urządzeń pod wymagania programu funkcjonalno-użytkowego potrzebna jest specjalistyczna wiedza w dziedzinie systemów monitoringu, oznacza to, że ma ona walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Oczywiście tak nie jest, nawet bardzo specjalistyczna wiedza naukowa nie ma wartości gospodarczej, gdyż każda osoba, która zajmuje się daną dziedziną i jest w niej specjalistą na odpowiednim poziomie, może posiadać takie informacje.

Petrotel przy utajnianiu dokumentów skupił się przede wszystkim na ostatniej przesłance, czyli działaniach podjętych w celu utrzymania poufności zastrzeżonych informacji, gdyż uzasadnienie w tym zakresie jest najbardziej konkretne, choć nieoparte żadnymi dowodami. Nie ma to oczywiście znaczenia dla sprawy, skoro nie zostało wykazane spełnienie dwóch pozostałych przesłanek. Jest to wręcz typowe w sytuacji braku możliwości wykazania wartości gospodarczej utajnianych informacji, że rozbudowany opis, w jaki sposób informacja jest chroniona, ma zadziałać perswazyjnie.

Ponadto Izba uznaje przywołane w odwołaniu wypowiedzi z dotychczasowego orzecznictwa Izby w kwestii nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za w pełni adekwatne również w tej sprawie, stąd zostały one powyżej przytoczone niemal w całości.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 ustawy pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż bezprawnie uniemożliwiło Odwołującemu zweryfikowanie treści oferty Konsorcjum Petrotel z treścią specyfikacji, wobec czego - działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Okoliczności podane w odwołaniu wymagają następującego skorygowania i uzupełnienia.

Zamawiający przy otwarciu ofert podał przy otwarciu ofert, że zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia kwotę 8.084.500,00 zł, która została odzwierciedlona w protokole postępowania.

Z dokumentów dotyczących oszacowania zamówienia z 28 września 2018 r. wynika, że dokonano go na podstawie 4 poprzednich postępowań z lat 2015-2017 dotyczących analogicznego przedmiotu zamówienia, biorąc za punkt odniesienia średnią cenę ofert złożonych w tych postępowaniach w przeliczeniu na jedną ratę za jeden punkt kamerowy, co dało kwotę 1570,65 zł (1600 zł brutto). Wobec tego, że przewidziano 77 kamer na 38 miesięcy, 28 kamer na 36 miesięcy i 10 kamer na 34 miesiące, wartość szacunkową zamówienia ustalono na 6.428.373,98 zł (6.838.400 zł brutto).

W dokumencie z 1 kwietnia 2019 r. dokonano skorygowania tej wartości szacunkowej związanego z modyfikacją przedmiotu zamówienia w zakresie terminu najmu kamer, polegającą na tym, że dla wszystkich 115 kamer przewidziano 38 rat, co dało kwotę 6.572.764,23 zł (6.992.000 zł brutto).

Jednocześnie w obu powyższych dokumentach pojawia się informacja, że w celu zabezpieczenia wystarczającej wysokości środków finansowych przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, do kwot wynikających z oszacowania zamówienia doliczył

odpowiednio kwoty: 1.068.500 zł brutto (28 września 2018 r.) lub 1.092.500 zł brutto, co dało łącznie kwoty brutto: 7.906.900 zł (28 września 2018 r.) i 8.084.500 zł (1 kwietnia 2019 r.)

W przeliczeniu za jedną ratę Petrotel zaoferował cenę 1.162,35 zł, a Konwerga 1.227,24 zł, a więc odpowiednio o 27% (Petrotel) i 23% (Konwerga) niższą od oszacowanej przez Zamawiającego na 1.600,00 zł.

Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu żadnych konkretnych okoliczności, które wskazywałyby na to, że oferta złożona przez Petrotel została złożona w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W szczególności, pomimo takiego twierdzenia, nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że cena oferty Konwergii jest na poziomie poniżej którego nie można zejść bez poniesienia strat na tym zamówieniu.

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

Zgodnie z art. 90 ust.1a pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Izba zważyła, że w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniała sytuacja, że cena oferty Petrotelu odbiega o co najmniej 30% od wartości zamówienia brutto, zarówno tej ustalonej przed wszczęciem postępowania, jak i zaktualizowanej po jego wszczęciu, gdyż wskazane w odwołaniu jako punkt odniesienia 8.084.500,00 zł to w rzeczywistości kwota, jaką Zamawiający może przeznaczyć na finansowanie zamówienia, powstała przez doliczenie do ubruttowionej wartości szacunkowej dodatkowo ponad 1 mln zł. Izba nie znalazła powodu, by nie dać wiary wyjaśnieniu przez Zamawiającego na rozprawie, że z uwagi na czasochłonność procedury zmiany planu finansowego wołał z góry zabezpieczyć na realizację zamówienia środki finansowe w kwocie większej niż wynikała z oszacowania. W konsekwencji, nawet jeżeli doszło do błędnego podania w protokole kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia jako wartości szacunkowej powiększonej o należny podatek od towarów i usług, należy uznać, że podnoszone w odwołaniu odwołanie ceny oferty Petrotelu od tej kwoty wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia w drodze procedury z art. 90 ust. 1 pzp.

Odwołujący nie przytoczył żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, choć ciężar udowodnienia twierdzeń w postępowaniu odwoławczym wyznacza art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze, wyrażający normę prawną o identycznej treści jak art. 230 kpc. i nawiązujący do art. 6 k.c. Stosownie do niego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przez fakt należy tu rozumieć prawdziwość twierdzenia o fakcie, które zdolne jest uzasadnić żądanie lub zarzut strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tej stronie lub tym uczestniku postępowania, którzy przytaczają twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (ei incubit probatio qui dicit non qui negat). Podstawą uwzględnienia żądania odwołania nie może być wyłącznie nieudowodnione przypuszczenie Odwołującego, że konkurent mógł się dopuścić czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ze złożonego zestawienia obrazującego cenę jednej raty w poszczególnych postępowaniach

prowadzonych na ten przedmiot zamówienia wynika jedynie, że od kiedy w postępowaniu jest konkurencja, ceny te znacznie spadły w stosunku do czasów, gdy ofertę składał tylko Petrotel. Ponadto sam Odwołujący zauważył na rozprawie, że poprzednio Petrotel zawyżał cenę oferty, bo nie miał żadnej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis - zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Ponieważ odwołanie okazało się zasadne w połowie, zgodnie z takim wynikiem postępowania odwoławczego strony zostały obciążone jego kosztami. Stąd od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zasądzono kwotę odpowiadającą połowie uiszczonego wpisu od odwołania oraz wykazanych kosztów dojazdu na posiedzenie Izby.