Sygn. akt: KIO 2358/20

WYROK
z dnia 15 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 r. przez wykonawcę **A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą POMAREX A. P., ul. Nadbystrzycka 11, 20-618 Lublin,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komenda Wojewódzka Policji w Lublinie, ul. Narutowicza 73, 20-019 Lublin,**

przy udziale wykonawcy **SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya-Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów,**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.**uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odtajnienie wyjaśnień z dnia 24.08.2020 r. wraz z załącznikiem dotyczących ceny oferty wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o.,

2.w pozostałym zakresie **oddala odwołanie**,

3.kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Komendę Wojewódzką Policji w Lublinie, ul. Narutowicza 73, 20-019 Lublin** w części ½ i odwołującego **A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą POMAREX A. P., ul. Nadbystrzycka 11, 20-618 Lublin** w części ½ , i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą POMAREX A. P., ul. Nadbystrzycka 11, 20-618 Lublin**, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr 00** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

3.2.zasądza od zamawiającego **Komendy Wojewódzkiej Policji w Lublinie, ul. Narutowicza 73, 20-019 Lublin,** na rzecz odwołującego **A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą POMAREX A. P., ul. Nadbystrzycka 11, 20-618 Lublin**, kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 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 Lublinie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2358/20
UZASADNIENIE

Zamawiający - Komenda Wojewódzka Policji w Lublinie, ul. Narutowicza 73,20-019 Lublin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa sprzętu informatycznego i oprogramowania”, numer referencyjny: 39/13/20/SZP/D. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21.07.2020 r., nr 2020/S 139-341589.

Pismem z dnia 09.09.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w pakiecie nr 6 postępowania oferty wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o.

W dniu 21 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy A. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą POMAREX A. P., ul. Nadbystrzycka11, 20-618 Lublin (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przez zaniechanie odrzucenia oferty Suntar, pomimo iż jej nie treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz") obowiązującej w postępowaniu,

2)art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r., poz. 419; dalej: „uznk") przez zaniechanie uznania za bezskuteczne - mimo niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk - zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez Suntar w dniu 24.08.2020 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 20.08.2020 r., a w konsekwencji zaniechanie odtajnienia tych wyjaśnień,

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 2:

3)art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Suntar, pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę oraz koszt oraz ich istotne części składowe w stosunku do przedmiotu zamówienia,

4)art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Suntar, pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży towarów oraz usług stanowiących przedmiot zamówienia w postępowaniu poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz na manipulacji cenami za poszczególne części przedmiotu zamówienia.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „9 września br. Zamawiający - po wyczerpaniu procedury z art. 90 ust. 1 Pzp - dokonał wyboru oferty Suntar jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 6 Postępowania. Zamawiający uznał za skuteczne objęcie przez „Spółkę Suntar” zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa odpowiedzi Suntar na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 sierpnia 2020 r., w zakresie rażąco niskiej ceny, udostępniając Odwołującemu jedynie fragment tej odpowiedzi zawierający uzasadnienie ww. zastrzeżenia. (…)

Uzasadnienie Suntar dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, oprócz przytoczenia kilku orzeczeń, jednego zdania z komentarza i treści przepisu UZNK, zawiera tylko same ogólnikowe stwierdzenia, nie odnoszące się do konkretnych informacji podanych w wyjaśnieniach, w tym w dwóch załącznikach do nich. Żadna z przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 UZNK:

- charakter informacji (techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa) lub ich wartość gospodarcza;
- brak powszechnej znajomości lub łatwej dostępności informacji - zarówno jako całości, jak i w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów - osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji;
- podjęcie działań w celu utrzymania informacji w poufności.

nie została przez „Spółkę Suntar” należycie wykazana, pozostając na poziomie ogólnikowych deklaracji. (…)

Uwzględnienie zarzutu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa i ujawnienie wyjaśnień Suntar powinno skutkować

ich udostępnieniem Odwołującemu, zaś po zapoznaniu się z nimi Odwołujący powinien mieć możliwość ewentualnego zakwestionowania nieodrzucenia oferty Suntar art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp (oczywiście jedynie w sytuacji, gdyby pozostałe zarzuty niniejszego odwołania, skutkujące odrzuceniem oferty Suntar i wykluczeniem tego wykonawcy, nie zostały uwzględnione). Z powyższych przyczyn, zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Suntar z pkt 1 ppkt 4 i 5 petitum Odwołujący sformułował jako zarzuty ewentualne na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, o którym mowa powyżej.

Zestawienie cen zaoferowanych w tym Postępowaniu pokazuje, że oferta cenowa Suntar rażąco odbiega od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, gdyż cena łączna za wykonanie całości przedmiotu zamówienia jest o prawie 37% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o 35% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. (…)

Na rozprawie Odwołujący przedłoży dowody i wskaże na okoliczności, wskazujące na wątpliwości co do realnego charakteru ceny Suntar, ich istotnych części składowych i kosztu. Jednakże owe dowody i okoliczności w żadnym razie nie muszą, a nawet nie mogą, w pełni wykazać nakładów i kosztów przez tego wykonawcę planowanych. Tego typu kompletne wyliczenia, kalkulacje i dowody winien przedstawić Suntar w ramach udzielonej odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp. (…)

W realiach sprawy „Suntar" usiłuje dokonać sprzedaży poniżej kosztów własnych, tj. stosuje tak zaniżone ceny, iż nie obejmują one wszystkich wymaganych kosztów dostaw i usług: usługi instalacji i uruchomienia Sprzętu oraz usługi pełnienia nieodpłatnego wsparcia technicznego. Działania te podejmowane są w celu eliminacji z rynku lokalnego innego przedsiębiorcy (tutaj konkurentów). Także i z tego powodu oferta Suntar powinna być odrzucona. (…) W realiach obecnego Postępowania oferta tego Wykonawcy jako całość stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK, jak i w rozumieniu art. 15 ust 1 pkt 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK. (…)

(…) w Załączniku nr 1.6 (dla pakietu nr 6), jednym z wymagań wskazanych w powołanym Załączniku, było zaoferowanie monochromatycznej drukarki laserowej w zestawie z tonerami producenta urządzenia. (…) Jednocześnie Zamawiający regulacjami SIWZ, żądał wskazania w Załączniku nr 1.6 do SIWZ nazwy, typu, modelu dla oferowanego przedmiotu zamówienia. (…) Mając powyższe na względzie w kontekście zakreślonych wymagań Wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie publiczne winien był wskazać nazwę, typ, model nie tylko drukarki, ale całego zestawu, czyli odpowiednio drukarki, tonera i kabli. Spółka Suntar złożyła wraz z ofertą wypełniony Załącznik nr 1.6 do SIWZ, jednak w żaden sposób nie podała powołanych danych dla tonera i kabli."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty Suntar,

2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3.odrzucenia oferty Suntar lub odtajnienia wyjaśnień spółki Suntar dotyczących ceny rażąco niskiej, o którym mowa w pkt 1.2 petitum odwołania.

Pismem z dnia 23.09.2020 r. wykonawca SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya-Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów (dalej: „przystępujący"), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 14.10.2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy odwołujący i przystępujący podtrzymali również swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu informatycznego i oprogramowania. Przedmiot zamówienia został podzielony na dziewięć części, niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy pakietu nr 6.

W pkt I.3. siwz, zamawiający wskazał, że zaoferowany przez wykonawcę asortyment powinien spełniać wszystkie parametry określone w opisie technicznym (załączniki nr 1 oraz od nr 1.1 do nr 2.9 do SIWZ). W przedmiotowych załącznikach należy wypełnić "wykropkowane" miejsca (……) podając w szczególności:

- nazwy producenta, typu i modelu oferowanego sprzętu informatycznego i oprogramowania;
- ceny jednostkowe brutto i wartości brutto (z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku);
- okres gwarancji (pakiet 3-9);

oraz podać inne wymagane dane.

Dodatkowo wykonawca ma oświadczyć, że zaoferowany przez niego asortyment spełnia minimalne wymogi techniczne opisane w załącznikach od nr 1.1 do nr 1.9 do siwz.

W załączniku nr 1 w pakiecie nr 6 zamawiający wymagał m.in. monochromatycznej drukarki laserowej. W załączniku 1.6. zamawiający m.in. wpisał:

„Monochromatyczna drukarka laserowa

›rzęt będący przedmiotem ofert spełnia poniższe wymogi techniczne minimalne:

1.Monochromatyczna drukarka laserowa

……."

(nazwa, typ, model)

Wartość szacunkowa zamówienia w pakiecie nr 6 wynosi 1.341.463,41 zł netto, co stanowi 1.649.999,99 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen ofert wynosi 1.595.324,50 zł brutto. Przystępujący złożył ofertę z ceną 1.035.045,00 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty przystępującego jest niższa o ok. 37% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ok. 35% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.

Przystępujący złożył ofertę, w której zaoferował monochromatyczną drukarkę laserową Lexmark MS521dn.

Pismem z dnia 20.08.2020 r. zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień i dowodów w przedmiocie ceny jego oferty. Zamawiający wskazał, że „wątpliwość budzi przede wszystkim, czy do wartości oferty zostały uwzględnione:

1)wymagane ilości tonerów producenta urządzenia umożliwiające wydrukowanie nie mniej niż 20 000 stron A4 przy pokryciu 5%, zgodnie z normą ISO/IEC 19752 lub normą producenta urządzenia, nie więcej niż 3 sztuki, z uwzględnieniem tonera startowego;

2)wymagane okablowanie, tj. kabel zasilający m.in. 1,8m oraz kabel sygnałowy USB 1,8m."

Zamawiający dodał, że: „Wykonawca ma obowiązek szczegółowego przedstawienia składowych cenotwórczych i opisania czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały - nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco

niskiej ceny. Wątpliwości Zamawiającego winny zostać wyjaśnione i dowiedzione w sposób rzetelny, spójny i kompleksowy w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę".
Pismem z dnia 24.08.2020 r. przystępujący złożył wyjaśnienia dotyczące ceny jego oferty wraz z jednym dowodem oraz zastrzegł ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia, poza cytowaniem orzecznictwa, przystępujący wskazał m.in.:

„W zakresie ziszczenia się pierwszego warunku podnieść należy, że Wykonawca zastrzegł wyłącznie wyjaśnienia, w których wskazano sposób kalkulacji ceny oraz dowody. Poszczególne ceny, które są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zostały indywidualnie skalkulowane wyłącznie dla potrzeb Zamawiającego. W wyjaśnieniach przedstawiono niezbędne nakłady rzeczowe do prawidłowej realizacji zamówienia. Informacja ta jest niezwykle istotna z punktu widzenia funkcjonowania Wykonawcy i posiada istotną wartość gospodarczą, a jej ujawnienie zagraża interesom Wykonawcy. Ujawnienie cen objętych tajemnicą może doprowadzić do utraty znacznej ilości przychodów na rynku, którego dotyczy niniejsze zamówienie. Ponadto, w wyjaśnieniach przedstawiono sposób przygotowania ofert i stosowaną politykę marżową, co stanowi wartość gospodarczą. Sposób wyceny tego rodzaju zamówień jest bowiem wartością i doświadczeniem Wykonawcy, stanowiącym o jego pozycji na rynku i nie może być ujawniany osobom trzecim. Tym samym, wiedza składająca się na zastosowany sposób wyceny stanowi dla Wykonawcy informację o charakterze organizacyjnym, posiadającą dla niego znaczną wartość gospodarczą. Wartość gospodarczą stanowią również informacje o możliwości pozyskania korzystnych cen od poddostawców, niezbędnych do wykonania zamówienia. Ceny te zostały bowiem skalkulowane w oparciu o oferty uzyskane przez Wykonawcę od podmiotów zewnętrznych na podstawie wieloletniej współpracy i w efekcie wypracowania korzystnych warunków.
W zakresie ziszczenia się drugiego warunku należy podnieść, iż zastrzeżone informacje zna wyłącznie wąskie grono pracowników Wykonawcy uprawnionych do dostępu do informacji poufnych, zobowiązanych jednocześnie do zachowania ich w tajemnicy. Tak więc niewątpliwym jest, iż Wykonawca kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tego typu informacji, a informacje te nie tracą tego szczególnego charakteru, charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo że wie o nich pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji. (…)

W zakresie ziszczenia się trzeciego warunku należy zauważyć, iż na podstawie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00) dana informacja staje się tajemnicą przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie ulega jakiejkolwiek wątpliwości, że Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności poprzez niniejsze zastrzeżenie. Powyższe stanowi o wypełnieniu przesłanek definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i potwierdza zasadność dokonanego przez Wykonawcę zastrzeżenia. W tym kontekście warto też podkreślić, iż zasadność zastrzeżenia informacji dotyczących kalkulacji ceny, przedstawianych w ramach wyjaśnień dokonywanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzona została przez Krajową Izbę Odwoławczą ("KIO") m.in. w wyroku KIO z dnia 29 grudnia 2014 r., KIO 2631/14: „informacje tam zawarte podlegają takiej ochronie, zawierają bowiem one informacje dotyczące optymalizacji robót (indywidualne, specyficzne tylko dla tego wykonawcy rozwiązania przyjęte do realizacji przedmiotowego postępowania), dotyczące dostępności materiałów wraz z wykazem dostawców i ofertami cenowymi (stanowią wartość gospodarczą), dotyczące organizacji robót (informacje organizacyjne)".

Z uwagi na powyższe, wszystkie poniższe informacje, jak również dowody, nie mogą być ujawnione do publicznej wiadomości, w tym pozostałym wykonawcom biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy."

Pismem z dnia 09.09.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w pakiecie nr 6 oferty przystępującego.
Pismem z dnia 11.09.2020 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udostępnienie dokumentacji postępowania w pakiecie nr 6. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu wyjaśnień dotyczących ceny oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Zgodnie z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy

/konawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale

stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Ww. przepis przewiduje następujące przesłanki:

- informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób, a uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania musi podjąć przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Informacje zastrzeżone przez przystępującego nie mają charakteru technicznego, czy technologicznego, ani nawet organizacyjnego. Zastrzeżenie dotyczy w istocie sposobu wyliczenia ceny oferty, co może być uznane za informację o „innym charakterze". Bez względu przy tym na charakter informacji, zgodnie z ww. przepisem, wymagane jest wykazanie jej wartości gospodarczej.

W tym miejscu należy zauważyć, że przystępujący nie wykazał, że jego wyjaśnienia dotyczące ceny oferty mają wartość gospodarczą i że zostały zastrzeżone zasadnie. W szczególności należy zauważyć, że:

a) przystępujący pisze, że „w wyjaśnieniach przedstawiono niezbędne nakłady rzeczowe do prawidłowej realizacji zamówienia. Informacja ta jest niezwykle istotna z punktu widzenia funkcjonowania Wykonawcy i posiada istotną wartość gospodarczą, a jej ujawnienie zagraża interesom Wykonawcy" – jednakże w wyjaśnieniach z dnia 24.08.2020 r. nie wskazano żadnych konkretnych nakładów rzeczowych, a jedynie cenę zakupu urządzeń oraz „Koszty dostawy / pozostałe koszty – netto", czyli koszty, które normalnie ponosi każdy wykonawca na rynku i które – przy tak lakonicznym ich określeniu - dla każdego wykonawcy są „niezbędne". Tym samym fakt ponoszenia takich kosztów przez przystępującego w żaden sposób nie wskazuje, że mają one jakąkolwiek szczególną wartość gospodarczą i na czym ona polega;

b) przystępujący pisze także, że: „Ujawnienie cen objętych tajemnicą może doprowadzić do utraty znacznej ilości przychodów na rynku, którego dotyczy niniejsze zamówienie. Ponadto, w wyjaśnieniach przedstawiono sposób przygotowania ofert i stosowaną politykę marżową, co stanowi wartość gospodarczą. Sposób wyceny tego rodzaju zamówień jest bowiem wartością i doświadczeniem Wykonawcy, stanowiącym o jego pozycji na rynku i nie może być ujawniany osobom trzecim" – jednakże przystępujący nie wyjaśnia, w jaki sposób ujawnienie cen doprowadzi do utraty znacznej ilości przychodów na rynku, czyli jaki jest związek przyczynowo-skutkowy między ujawnieniem cen, a spadkiem przychodów i jaka jest realna skala tego spadku, jak też nie wyjaśnia, co powoduje, że informacje w zakresie polityki marżowej mają wg niego wartość gospodarczą;

c) dalej przystępujący pisze, że: „wartość gospodarczą stanowią również informacje o możliwości pozyskania korzystnych cen od poddostawców, niezbędnych do wykonania zamówienia. Ceny te zostały bowiem skalkulowane w oparciu o oferty uzyskane przez Wykonawcę od podmiotów zewnętrznych na podstawie wieloletniej współpracy i w efekcie wypracowania korzystnych warunków" – należy jednak zauważyć, że po pierwsze, mimo że przystępujący używa liczby mnogiej, to załączył do wyjaśnień oświadczenie tylko jednego podmiotu, a po drugie, w oświadczeniu tego podmiotu nie zostały wskazane żadne ceny, w związku z tym nie wiadomo, czy są to te same ceny, które zostały wymienione w kalkulacji, czy też inne i ew. jakie. Tym samym wyżej przytoczony argument przystępującego nie odnosi się do rzeczywistej treści wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty i w konsekwencji nie może stanowić uzasadnienia dla zastrzeżenia tej informacji.

Podsumowując, uzasadnienie przystępującego zawiera szereg argumentów, które albo nie odnoszą się do rzeczywistej treści wyjaśnień dotyczących ceny oferty albo sprowadzają się do niezasadnego utożsamiania niektórych informacji (np. polityka marżowa) z posiadaniem przez te informacje wartości gospodarczej. Tym samym nie ma podstaw, by stwierdzić, że przystępujący wykazał jakąkolwiek wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji.

Niezależnie od powyższego, zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, przystępujący był też zobowiązany wykazać rzeczywiste pozostawanie wszystkich zastrzeżonych informacji w poufności. W tym zakresie przystępujący jedynie zacytował orzecznictwo oraz złożył oświadczenie, że: „zastrzeżone informacje zna wyłącznie wąskie grono pracowników Wykonawcy uprawnionych do dostępu do informacji poufnych, zobowiązanych jednocześnie do zachowania ich w tajemnicy. Tak więc niewątpliwym jest, iż Wykonawca kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tego typu informacji". Przystępujący nie wskazał, jakie konkretne grono pracowników ma dostęp do wyceny oferty i innych informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 24.08.2020 r., z czego wynika ich zobowiązanie do zachowania tajemnicy, czy zakres tego zobowiązania faktycznie pokrywa się z zakresem zastrzeżonych informacji, w jaki sposób przystępujący kontroluje dostęp do informacji, jak też – co istotne w kontekście obowiązku „wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – nie dołączył żadnych dowodów potwierdzających prawdziwość ww. deklaracji. Innymi słowy: przystępujący nie dołączył dowodów potwierdzających, jakie grono pracowników ma dostęp do jakich informacji, jaki jest zakres zobowiązania tych pracowników do zachowania tajemnicy, w jaki realny sposób wykonywana jest kontrola dostępu do informacji i że w ogóle wszystkie ww. okoliczności mają związek z ochroną tych konkretnych informacji, które zostały zastrzeżone w przedmiotowym postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uzasadnienie przystępującego zawiera jedynie oświadczenia i deklaracje w zakresie zachowania w poufności informacji. Każdy wykonawca może takie oświadczenia i deklaracje składać w celu uzasadnienia spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. Tymczasem, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, przesłanka ta, jak i pozostałe, musi być wykazana.

Wobec braku wykazania przez przystępującego przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, Izba uwzględniła odwołanie w tym zakresie i nakazała zamawiającemu odtajnienie wyjaśnień z dnia 24.08.2020 r.

Jednocześnie, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, jakoby zarzut w ww. zakresie dotyczył wyłącznie wyjaśnień dotyczących ceny oferty przystępującego, a nie dotyczył załącznika do tych wyjaśnień. Należy zauważyć, że załączniki do jakiegoś dokumentu stanowią część tego dokumentu, więc załącznik do wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty jest częścią tych wyjaśnień. Tym samym należy przyjąć, że jeśli zarzut dotyczy wyjaśnień, to w konsekwencji dotyczy także załączników do tych wyjaśnień. Niezależnie od tego należy zauważyć, że w odwołaniu na str. 5 odwołujący wyraźnie wskazał, że „wyjaśnienia te (wraz z załącznikami) powinny być odtajnione", zatem nie ma wątpliwości, że zarzut został sformułowany także w stosunku do załączników do wyjaśnień. Dlatego też Izba uwzględniając odwołanie jednoznacznie nakazała zamawiającemu odtajnienie wyjaśnień przystępującego z dnia 24.08.2020 r. wraz z załącznikiem.

Odwołujący wnosił o rozpoznanie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji jedynie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z faktem

uwzględnienia tego zarzutu przez Izbę, jak też z uwagi na fakt, że odwołujący nie znając wyjaśnień przystępującego z dnia 24.08.2020 r., nie mógł sformułować szczegółowych zarzutów dotyczących tych wyjaśnień, Izba nie rozpoznała w niniejszym postępowaniu odwoławczym zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zgodności oferty z siwz, należy zauważyć, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że sposób sformułowania załącznika nr 1.6. do siwz świadczy o tym, że zamawiający pozostawił wykropkowane miejsce na wskazanie nazwy / modelu / typu monochromatycznej drukarki laserowej. Pod tym miejscem zamawiający wymienił funkcje i parametry, które ma spełnić drukarka, w tym także tonery i okablowanie, które muszą być do niej dołączone, ale usytuowanie tych wymagań (pod wykropkowanym miejscem) dowodzi, że konieczność wskazania nazwy / modelu / typu się do nich nie odnosiła. Dlatego też Izba nie stwierdziła podstaw do uznania oferty przystępującego za niezgodną z siwz i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

Reasumując, Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący niezasadnego zastrzeżeniajako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień przystępującego z dnia 24.08.2020 r., natomiast za niezasadny uznała zarzut dotyczący niezgodności oferty przystępującego z siwz.

Wydając postanowienie w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Zgodnie z § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1—3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot „stosownie do jego wyniku" należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314, stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości, w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku, w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział, zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawiez dnia 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16 oraz postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.Także skarga na wyrok KIO 630/18 dotycząca podziału kosztów pomiędzy strony została oddalona postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt XXIII Ga 830/18).

W niniejszej sprawie, spośród rozpoznanych zarzutów, jeden został przez Izbę uwzględniony, a drugi oddalony. Dlatego też kosztami postępowania Izba po połowie obciążyła zamawiającego i odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3.600 zł), co daje łącznie kwotę 18.600 zł. Skoro ww. koszty zostały podzielone po połowie, to każda ze stron powinna ponieść je w wysokości 9.300 zł (18.600 : 2 = 9.300). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600 = 18.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 9.300 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9.300 zł (18.600 – 9.300 = 9.300), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Jednocześnie zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów, a jak wskazano wyżej, powinien ponieść je w wysokości 9.300 zł. Zasądzona od zamawiającego na rzecz odwołującego kwota 9.300 zł powoduje zatem także poniesienie przez zamawiającego kosztów, jakie powinien ponieść w świetle wyniku postępowania odwoławczego.

Kierując się ww. rozważaniami, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący …….