Sygn. akt: KIO 1692/20

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Magdalena Rams

Robert Skrzeszewski

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2020 r. przez GALLUP Arteria Management Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez TAURON Sprzedaż Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie,
przy udziale wykonawcy TRADE OFFICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r., poz. 1010 ze zm.) poprzez zaniechanie ujawnienia przedstawionych przez wykonawcę TRADE OFFICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, i nakazuje zamawiającemu - TAURON Sprzedaż Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie przedstawionych przez wykonawcę TRADE OFFICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, i dokonanie ponownej oceny ofert,

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3. kosztami postępowania obciąża TAURON Sprzedaż Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę GALLUP Arteria Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w

Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od TAURON Sprzedaż Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie na rzecz wykonawcy GALLUP Arteria Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. 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 Krakowie.

Sygn. akt: KIO 1692/20

Uzasadnienie

Zamawiający - TAURON Sprzedaż Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, działający w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz TAURON Sprzedaż GZE Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zawarcie umów ramowych na świadczenie w imieniu i na rzecz TAURON Sprzedaż sp. z o.o. i TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o. usług pośrednictwa sprzedaży produktów lub usług zamawiającego za pomocą centrum telefonicznego i realizowanych przy wykorzystaniu systemu CC zamawiającego i/lub wykonawcy.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 20 lipca 2020 roku wykonawca GALLUP Arteria Management Sp. z o.o. Spółka komandytowa w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, związanych z oceną ofert, tj.:

1) zaniechaniu odtajnienia przedstawionych przez wykonawców TRADE OFFICE sp. z o.o. (dalej jako „TRADE OFFICE" lub „przystępujący") oraz PROMO-ART sp. z o.o. (dalej jako „PROMO-ART") wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,

ewentualnie (zarzuty ewentualne wobec zarzutu z pkt 1.1) również wobec niżej wymienionych czynności:

2) dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty (jako jednej spośród dwóch wybranych przez zamawiającego) złożonej przez TRADE OFFICE i zaniechaniu jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk");

3) zaniechaniu odrzucenia oferty PROMO-ART na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk;

4) kilkukrotnym wzywaniu wykonawców TRADE OFFICE oraz PROMO-ART do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, pomimo jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego w treści pierwszego wezwania z dnia 12.05.2020 r. zakresu żądanych wyjaśnień, determinującego obowiązek wykazania przez wykonawców braku znamion rażąco niskiej ceny w pierwszej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, przez co doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.;

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie odtajnienia przedstawionych przez wykonawców TRADE OFFICE oraz PROMO- ART wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;

2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez błędną ocenę ofert i wyjaśnień złożonych przez wykonawców: TRADE OFFICE oraz PROMO-ART i zaniechanie odrzucenia złożonych przez nich ofert jako zawierających rażąco niską ceną lub koszt;

3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 i w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

poprzez kilkukrotne wezwanie wykonawców TRADE OFFICE oraz PROMO-ART do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, pomimo klarownego w swej treści pierwszego wezwania z dnia 12.05.2020 r. co do wymaganego zakresu wyjaśnień, determinującego obowiązek po stronie wykonawców wykazania braku znamion rażąco niskiej ceny w pierwszej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego;

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez TRADE OFFICE oraz PROMO-ART jako ofert, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;

Z uwagi na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w zakresie części II postępowania i:

2) odtajnienia przedstawionych przez wykonawców TRADE OFFICE oraz PROMO-ART wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,

ewentualnie:

3) odrzucenia ofert złożonych przez TRADE OFFICE oraz PROMO-ART w zakresie części II postępowania ze względu na to, że zawierają one rażąco niską cenę lub koszt oraz ze względu na to, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

4) ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszych ofert w zakresie części II postępowania, w tym wyboru oferty złożonej przez odwołującego.

5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Podniósł, że zgodnie z ust. 2.4.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.): „Na część 2 Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający zawrze Umowy ramowe z maksymalnie 2 (słownie: dwoma) Wykonawcami, których oferty okażą się najkorzystniejsze w rankingu utworzonym na podstawie kryterium oceny ofert określonym w pkt. 4.5.1. SIWZ, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło mniej Wykonawców.” Przedmiotem części II postępowania było zawarcie umowy ramowej z maksymalnie 2 (dwoma) wykonawcami na:

a) świadczenie za pośrednictwem telefonu usług pośrednictwa sprzedaży w imieniu i na rzecz Zamawiającego produktów lub usług dla klientów z segmentu Firmy,

b) świadczenie za pośrednictwem telefonu innych usług niż opisane w lit. a), w szczególności prowadzenie kampanii informacyjnych, ankiet, badań skuteczności kampanii sprzedażowych itp. w imieniu i na rzecz Zamawiającego dla klientów lub potencjalnych klientów z segmentu Firmy.

Zamawiający dokonał wyboru dwóch najkorzystniejszych ofert w części II postępowania (wykonawcy CALL CENTER POLAND S.A. i TRADE OFFICE), przy czym, gdyby dokonał prawidłowej oceny ww. ofert, jedna spośród nich (tj. złożona przez spółkę TRADE OFFICE) zostałaby odrzucona ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę, a ponadto jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Ponadto zamawiający powinien był odrzucić także ofertę wykonawcy PROMO- ART. W tej sytuacji to oferta odwołującego, która uplasowała się w rankingu ofert na czwartej pozycji (z łączną ilością punktów 75,46 pkt) zostałaby wybrana jako jedna spośród dwóch najkorzystniejszych w części II postępowania. Brak zaskarżenia przez odwołującego czynności i zaniechań zamawiającego związanych z wyborem ofert, które powinny były zostać odrzucone, spowoduje poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty przedmiotowego zamówienia, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia. Brak odrzucenia ofert złożonych przez spółki TRADE OFFICE oraz PROMO-ART będzie bowiem skutkować niezawarciem umowy ramowej przez zamawiającego z odwołującym.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odtajnienia złożonych przez TRADE OFFICE i PROMO-ART wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny odwołujący wskazał, że zamawiający nie udostępnił odwołującemu przedstawionych przez zamawiającego wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego brak było podstaw do takiego nieudostępnienia.

Odwołujący poinformował, że udostępniono mu samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie złożonych przez TRADE OFFICE i PROMO-ART wyjaśnień ws. ceny. W ocenie odwołującego zastrzeżenia te absolutnie nie zasługują na uwzględnienie, albowiem nie wykazują one, aby w odniesieniu do wyjaśnień ws. ceny ziściły się wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk.

Odwołujący podniósł, że choć wyjaśnienia w sprawie ceny co do zasady mogą podlegać zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, to jednak per se taką tajemnicą nie są. To oznacza, że w każdym wypadku wykonawca musi wykazać, iż w tym konkretnym przypadku ziściły się wszystkie przesłanki do utajnienia tychże wyjaśnień. W ocenie odwołującego, przedstawione przez ww. wykonawców uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazują na wystąpienie w treści złożonych wyjaśnień żadnych informacji, które spełniają ustawowe znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa. Zarówno uzasadnienie złożone przez TRADE, jak również uzasadnienie złożone przez PROMO-ART nie wskazują na to, by wykonawcy ci zawarli w swoich wyjaśnieniach dot. zaoferowanej ceny takie informacje, które stanowiłyby informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. W ocenie odwołującego, jedynym celem wykonawców jest w tym przypadku utrudnienie weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie samych wyjaśnień ws. ceny.

Odwołujący stwierdził, że w szczególności uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy złożone przez obu ww. wykonawców są skrajnie wręcz lakoniczne, w swej istocie raczej ograniczające się do podania definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, ale już nie odnoszące się do konkretnych wyjaśnień złożonych w toku tego postępowania. Przykładowo nie została wyjaśniona bliżej wartość tychże informacji, nie wskazano jakie poczyniono środki w celu ich zabezpieczenia, jak ich ujawnienie ma zaszkodzić wykonawcom i jak to rzekomo inni wykonawcy mogą te informacje wykorzystać ze szkodą dla zastrzegających. Nie wspominając już o tym, że do zastrzeżenia, poza gołosłownymi twierdzeniami nie załączono żadnych dowodów na potwierdzenie tych twierdzeń (np. polityk bezpieczeństwa, przykładowych umów czy klauzul o zachowaniu poufności), itp.

Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę na to, że ewentualnemu zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa powinny podlegać tylko informacje, a nie cały dokument i to w odniesieniu do poszczególnych kategorii informacji powinno być odnoszone spełnienie ww. przesłanek. Z pewnością zatem nie było żadnych podstaw do tego, aby utajniać i nie udostępniać całe dokumenty (wyjaśnienia). Dlatego też odwołujący stoi na stanowisku, że zamawiający winien był udostępnić odwołującemu złożone przez wykonawców TRADE i PROMO-ART wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. - rażąco niska cena w zakresie kryterium cenowego C3, odwołujący podniósł, że w

zaskarżonym postępowaniu zamawiający ustanowił jedno kryterium oceny ofert, tj. Cenę (waga 100%), przy czym w ramach tego kryterium wyodrębnił:

Cl - cena jednostkowa sprzedaży produktu prąd (wraz z usługą) w Kampanii Sprzedażowej w procesie zawierania umów przez telefon oraz poza siedzibą sprzedawcy (waga 70%),

C2 - cena jednostkowa sprzedaży produktu gaz (wraz z usługą) w Kampanii Pozyskiwaniowej w procesie zawierania umów poza siedzibą sprzedawcy (waga 10%)

C3 - cena jednej roboczogodziny pracy konsultanta RBH, przez co rozumie się minimum 30 minut rozmów konsultanta z klientami lub potencjalnymi klientami (waga 20%).

Odwołujący stwierdził, że w zaskarżonym postępowaniu (część II) średnia arytmetyczna cen złożonych ofert w zakresie poszczególnych kryteriów cenowych kształtowała się następująco:

Cl - 58,31 zł brutto, C2 - 181,43 zł brutto, C3 - 24,82 zł brutto.

Wykonawca TRADE OFFICE w zakresie kryterium C3 zaoferował cenę 17,22 zł brutto (14,00 zł netto), natomiast spółka PROMO-ART cenę 18,45 zł brutto (15,00 zł netto), a więc ceny niższe o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert w kryterium C3. Jeśli chodzi o cenę zaoferowaną przez TRADE OFFICE, to jest ona niższa o nieco ponad 31% od średniej arytmetycznej złożonych ofert w przedmiotowym kryterium, jeżeli zaś chodzi o spółkę PROMO-ART, to zaoferowana cena pozostaje niższa o nieco ponad 26% od tej średniej arytmetycznej.

Odnosząc się do cen zaoferowanych przez wykonawców TRADE OFFICE i PROMO-ART, odwołujący stwierdził, że stawki te są znacznie niższe od obowiązujących minimalnych stawek ustawowych w zakresie kosztów pracowniczych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 sierpnia 2020 roku wniósł o oddalenie odwołania, dopuszczenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie, zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający stwierdził, że w dniu 8 lipca 2020 roku poinformował o wyniku postępowania wszystkich wykonawców, korzystając w tym celu z Platformy Zakupowej Grupy TAURON (SWOZ).

W tym samym dniu, wykonawca COTEL sp. z o.o. (który składał ofertę wyłącznie w zakresie Części I postępowania) zwrócił się o udostepnienie dokumentacji postępowania w zakresie ofert przetargowych oferty wykonawców: (i) TRADE OFFICE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (ii) PROMO-ART spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz (iii) Konsorcjum: Tevitel sp. z o. o. i Telenergia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa wraz z całą korespondencją z zamawiającym w ramach postępowania (np. wezwania zamawiającego, informacje o poprawieniu omyłek, odpowiedzi wykonawcy, wyjaśnienia i inne składane pisma), powstałą do dnia udostępnienia dokumentów oraz protokołu postępowania w stanie aktualnym na dzień udostępnienia.

Zamawiający udzielił odpowiedzi wykonawcy COTEL sp. z o.o. w dniu 10.07.2020 roku zastrzegając jednocześnie, iż nie uczynił zadość żądaniu wykonawcy w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż w takim wypadku uznał skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, w pozostałym zaś zakresie udostępnił wykonawcy COTEL sp. z o.o. komplet informacji.

Dnia 20.07.2020 roku o godzinie 12:31 odwołujący wystąpił do zamawiającego z następującym żądaniem: „Szanowni Państwo, W związku z odmową przekazania nam złożonych przez wykonawców: TRADE OFFICE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz PROMO ART sp. z o.o. z siedzibą w Żyrardowie wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej ceny, zwracamy się o pilne (w dniu dzisiejszym) udostępnienie nam przedstawionego przez każdego z ww. wykonawców zastrzeżenia wyjaśnień dot. zaoferowanej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedstawione przez każdego z wykonawców uzasadnienie zastrzeżenia ww. wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi bowiem tajemnicy w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie zawiera bowiem informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa czy też innego rodzaju informacji posiadających wartość gospodarczą dla wykonawcy. Brak odtajnienia przez

Zamawiającego przedstawionego przez każdego z ww. wykonawców zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowić będzie naruszenie przepisów ustawy Pzp, które może być przedmiotem skutecznego zarzutu w ewentualnym postępowaniu odwoławczym przed KIO." Powyższe żądanie dotyczyło Części II postępowania, a to związanej z obsługą przedsiębiorstw.

W odpowiedzi na powyższe zamawiający wyjaśnił, iż do dnia dzisiejszego nie prowadził z odwołującym jakiejkolwiek korespondencji związanej z udostępnianiem dokumentacji przetargowej, zaś powyższy wniosek obejmujący w istocie żądanie udostępnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (bez uwzględnienia treści zastrzeganych dokumentów) sformułowanych przez Wykonawców PROMO — ART oraz TRADE OFFICE jest pierwszym wnioskiem w sprawie. Dyspozycja żądania została zrealizowana w tym samym dniu o godzinie 17:01.

Tego samego dnia o godzinie 18:31 (po godzinach pracy biura zamawiającego) odwołujący ponownie zwrócił się do zamawiającego o pilne jeszcze w dniu 20.07.2020 roku udostępnienie dokumentacji postepowania w zakresie korespondencji z wykonawcami PROMO - ART oraz TRADE OFFICE zaś 0 19:03 nadesłał kopię wniesionego odwołania. Z uwagi na późne (po godzinach pracy) wpłynięcie wiadomości zarówno w zakresie żądania dokumentów jak i wniesienia odwołania potwierdzenie odczytu nastąpiło w dniu następnym, tj. 21.07.2020 roku.

Zamawiający stwierdził, że z uwagi na powzięcie wątpliwości co do treści okoliczności, na które powołuje się odwołujący, tj. rzekoma wcześniejsza odmowa udzielenia wyjaśnień, mylone daty korespondencji, etc. zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie ewentualnej wymiany informacji z innymi wykonawcami, dostrzegając potencjalne zagrożenie dla uczciwej konkurencji. Powyższe pozostawało o tyle bardziej uzasadnione, iż jedynym podmiotem, choć w zakresie innej części postępowania, który zwracał się do zamawiającego o dokumenty był wykonawca COTEL sp. z o.o. co zostało opisane w pkt I l powyżej. Z analogicznym pytaniem zamawiający zwrócił się do wykonawcy COTEL sp. z o.o., który to podmiot zapewnił, iż wprawdzie zamierzał złożyć odwołanie od czynności Zamawiającego powziętej w zakresie Części I, a nawet na jego zlecenie S. K. i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych przygotowała projekt odwołania, jednakże finalnie zrezygnował z wnoszenia środka zaskarżenia. Jednocześnie przedstawiciel wykonawcy COTEL sp. z o.o. zapewnił, iż nie udostępniał innym wykonawcom jakiejkolwiek korespondencji z Zamawiającym, a całość prac związana z ewentualnym wniesieniem odwołania została powierzona reprezentującą odwołującego kancelarii.

W ocenie zamawiającego okoliczności faktyczne sprawy, które mylnie zidentyfikował odwołujący, a w szczególności:

1. brak wpływu wezwań o udzielenie wyjaśnień kierowanych do wykonawcy PROMO — ART sp. z o.o. które w istocie nie dotyczyły kwestii objętej przedmiotem zaskarżenia (stawka 15,00 zł PROMO ART była kwestionowana w Części I) na możliwość formułowania zarzutu przez odwołującego, oraz

2. sformułowanie zarzutu nieprawidłowego działania zamawiającego, który w ocenie odwołującego w sposób nieprawidłowy uwzględnił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny PROMO — ART sp. z o.o. podczas gdy zamawiający nie zakwestionował rażąco niskiej ceny stawki 15,00 zł za roboczo-godzinę zaoferowanej przez PROMO — ART sp. z o.o. w zakresie Części II postępowania, a co za tym idzie nie ustanowił domniemania rażąco niskiej ceny,

3. brak faktycznego wezwania zamawiającego przez odwołującego do udostępnienia informacji w zakresie rażąco niskiej ceny przed terminem wniesienia odwołania,

4. oraz w kontekście pozostałej merytorycznej argumentacji zaprezentowanej w treści niniejszej odpowiedzi na odwołanie, prowadzą do wniosku, iż w kontekście związania środka odwoławczego granicami zarzutu brak jest podstaw do takiego uwzględnienia środka odwoławczego aby doprowadzić do odrzucenia wykonawcy PROMO — ART sp. z o.o., co w efekcie prowadzi do wniosku, iż odwołującemu nie przysługuje interes we wniesieniu odwołania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie odtajnienia przedstawionych przez wykonawców TRADE OFFICE sp. z o.o. oraz PROMO — ART sp. z o.o. wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zamawiający zaznaczył, że nie sposób nie dostrzec dość specyficznej sytuacji, w której celem ewentualnego uwzględnienia zarzutu

wymaganym byłoby wykazanie, iż nie został spełniony wymóg wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do informacji, którymi odwołujący nie dysponuje, a zatem nie może znać jej literalnej treści.

W ocenie zamawiającego, nie może jednak ulegać wątpliwości, iż odwołującemu znana jest treść wezwań formułowanych przez zamawiającego, w tym zwłaszcza tych poprzedzających oświadczenie o utajeniu wyjaśnień. Należy zwrócić uwagę, czego odwołujący powinien być w pełni świadom, iż zamawiający dopytywał wykonawcę PROMO - ART o uszczegółowienie informacji zawartych we wcześniejszych wyjaśnieniach z dnia 14 maja 2020 roku i 26 maja 2020 roku, poprzez wskazanie wiedzy z zakresu organizacji przedsiębiorstwa skutkujących możliwością przyjęcia określonych wchodzących w skład zaoferowanej stawki za roboczogodzinę (18,45 brutto), tj.: kosztów osobowych, kosztów utrzymania biura, kosztów administracji i dokumentów, kosztów połączeń, kosztów składek ZUS, US, kosztów informatycznych oraz koszty przesyłek kurierskiej (pytania dotyczyły Części 1 postępowania), zaś wykonawcę TRADE OFFICE podobnie bowiem o doprecyzowanie, jakie pozycje kosztowe wchodzą w skład „kosztu stanowiska pracy" wykazanego w załączniku „Kalkulacja księgowa kosztu RBH uwzględniająca wszystkie składowe 2020 r." oraz wyjaśnienie, czy przygotowując ofertę na cenę jednej roboczogodziny pracy konsultanta w ramach Części 1 i Części 2 postępowania, wykonawca zakładał, że nie będzie ponosić pełnych kosztów związanych z obciążeniami publicznymi (np. podatki, opłaty związane z ubezpieczeniem społecznym, zdrowotnym, chorobowym, etc.) należnymi w związku z zatrudnieniem (w tym zleceniem) osób dedykowanych do realizacji umowy.

Zamawiający zaznaczył, że z powyższego wynika jednoznacznie, iż celem pytań zamawiającego było ustalenie sposobu obliczenia zaoferowanej stawki, z uwagi na konieczność rozstrzygnięcia czy zaoferowana cena jest konsekwencją wypracowanego przez wykonawców know-how, a zatem informacji o charakterze organizacyjnym i faktycznie daje rękojmie prawidłowej realizacji umowy, czy też jest konsekwencją lekkomyślnej deklaracji wykonawcy zainteresowanego pozyskaniem zamówienia. Skoro, jak wynika z późniejszych wydarzeń zamawiający, zadecydował o pozostawieniu obydwu ofert to założyć należy, że uznał wyjaśnienia obydwu podmiotów za satysfakcjonujące.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż uregulowania w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostały przez ustawodawcę sformułowane w ten sposób, że wprawdzie ciężar wykazania (nie udowodnienia) istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy (zastrzegającym), to jednak kompetencje do uznania tego, czy owo wykazanie skutecznie nastąpiło, przysługują wyłącznie zamawiającemu (oczywiście przy ustaleniu czy zamawiający dysponował ku temu stosownymi przesłankami). Skutkiem tak przyznanej kompetencji jest uznanie prawidłowości decyzji zamawiającego, nie tylko wówczas kiedy rozstrzygnięcie zastrzeżenia tajemnicy jest obiektywnie jednoznaczne ale także wówczas gdy jest efektem uznaniowości zamawiającego, której efekt mieści się jednak w granicach wyznaczonych towarzyszącymi przesłankami.

Zamawiający stwierdził, że pod pojęciem „wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w określonych okolicznościach, przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku potwierdzania dowodami zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 uznk, bowiem zależnie od przypadku, co także znajduje potwierdzenie w dotychczasowej judykaturze rzeczonymi dowodami może być w konkretnych okolicznościach treść samych wyjaśnień.

Zamawiający stwierdził, iż w konsekwencji wezwań, wykonawcy ujawnili w swoich wyjaśnieniach część know-how funkcjonowania ich przedsiębiorstw, która to wiedza pozwoliła zamawiającemu na rozstrzygniecie postępowania z przekonaniem, iż zaoferowana stawka daje rękojmię realizacji obowiązków umownych i pozwala na wypracowanie marży. Podkreślił, iż pomimo całego szeregu istotnych uregulowań prawnych towarzyszących przeprowadzeniu postępowania przetargowego (jak badanie rażąco niskiej ceny czy spełnienie kryteriów kwalifikacji), jego nadrzędnym celem jest uzyskania pożądanego przedmiotu świadczenia na możliwie optymalnych warunkach. Stąd istotnym dla zamawiającego było ustalenie, czy faktycznie ma do czynienia z cenami realnymi i rzetelnie skalkulowanymi, a co za tym idzie czy wykonawcy będą w stanie realnie świadczyć przedmiot zamówienia. Jak bowiem wspomniano wcześniej powinnością Zamawiającego związaną z zarządzaniem przedsiębiorstwem jest rzetelne gospodarowanie jego finansami, a co za tym idzie wybór optymalnego wykonawcy, który w ramach najkorzystniejszej ceny da rękojmię prawidłowej realizacji przedmiotu świadczenia. Celem powzięcia wiedzy w powyższym zakresie zamawiający oczekiwał zaprezentowania mu aspektów funkcjonowania przedsiębiorstw TRADE OFFICE sp. o.o. oraz PROMO — ART sp. o.o., co w istocie zostało uczynione. W ocenie zamawiającego, nie budzi wątpliwości, iż wykonawcy dzieląc się powyższymi

informacjami, które niewątpliwie maja charakter organizacyjny i posiadają wartość handlową oczekują, iż zamawiający zachowa co do nich dyskrecję. Złamanie tej zasady i nierespektowanie przez zamawiającego prawa do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa narażałoby zamawiającego nie tylko na odpowiedzialność odszkodowawczą ale udaremniałoby zaufanie gospodarcze, które powinno cechować partnerów, co w przyszłości mogłoby stanowić barierę dla składania zamawiającemu ofert korzystniejszych od konkurencji, na podstawie wypracowanych w przedsiębiorstwie mechanizmów. Zamawiający oceniając charakter przedmiotowych wyjaśnień odwoływał się nie tylko do własnych przekonań ale oparł swoje ustalenia na licznym orzecznictwie, z którego jednoznacznie wynika, „iż informacje o charakterze technicznym i organizacyjnym, w tym informacje o przyjętej strategii konstruowania oferty i metodzie realizacji zamówienia, szacowanej marży, know-how wykonawcy, kosztach dostawy elementów przedmiotu zamówienia oraz wysokości ponoszonych kosztów i uzyskiwanych rabatów, są to informacje posiadające wartość gospodarczą dla wykonawcy". Zastrzeżenie tego rodzaju informacji rozpatrywane w tym konkretnym przypadku w odniesieniu do segmentu informatycznego jest w zasadzie praktyką powszechną. W ocenie zamawiającego funkcjonowanie branży call center oraz konkurencyjność opiera się na wiedzy której ujawnienie niewątpliwie mogłoby zagrozić interesom wykonawcy.

Zamawiający podkreślił, iż wbrew treści odwołania, to nie szczegółowość czy rozmiar oświadczenia w przedmiocie zastrzeżenie tajemnicy decyduje o sprostaniu ciężarowi udowodnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie zamawiającego, decydującym jest racjonalizm i rzetelność twierdzeń w kontekście konkretnego stanu faktycznego. Jeżeli zatem zamawiający dopytuje o aspekty organizacyjne, które wpływają na cenę (a zatem niewątpliwie mają wartość handlową), zaś wykonawcy w sposób wiarygodny wyjaśnili, iż przedstawione informację są w ramach ich przedsiębiorstw chronione, co koreluje z ich treścią i charakterem, to jest to w ocenie zamawiającego dostateczne zastrzeżenie. Wydaje się bowiem, iż w niniejszym przypadku skuteczność zastrzeżenia ma charakter oczywisty, co daje podstawy do uznania skuteczności bez szczegółowych opisów, których wymaga odwołujący. W tej sytuacji odtajnienie poczynionych zastrzeżeń należałoby uznać za działanie naruszające zasady uczciwej konkurencji, bowiem umożliwiałoby podmiotom konkurencyjnym zapoznawanie się ze strukturą podmiotów trzecich i wykorzystywanie ich wiedzy i doświadczenia na własne potrzeby. Zamawiający podkreślił, iż informację, których ujawnienia domaga się odwołujący, nie dotyczą wyłącznie kosztów składających się na treść oferty, bo te pozostają znane, ale przede wszystkim struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa i sposobu jego funkcjonowania oraz sposobu w jaki powyższe miało wpływ na możliwość złożenia ofert przez poszczególnych wykonawców.

Zamawiający podkreślił, iż żaden przepis nie zabrania zastrzegania podobnych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Nieprzekraczalną granicę zastrzeżenia wyznacza dyspozycja art. 86 ust. 4 ustawy P.z.p., wskazując enumeratywnie, jakie informacje nie podlegają zastrzeżeniu. W konsekwencji, zależnie od okoliczności towarzyszących, wszystko, co nieobjęte dyspozycją przywołanego przepisu może być przedmiotem skutecznego zastrzeżenia.

Zamawiający podkreślił, iż wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie ewentualnego zaniżenia stawki 15,00 zł kierowane do PROMO — ART sp. z o.o. nie dotyczyły Części II postępowania, a w konsekwencji zapoznanie się z ich treścią nie mogło wpływać na treść zarzutów. Ponadto odwołujący przed wniesieniem odwołania skutecznie nie zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie informacji, w ramach których podnosi obecnie zarzuty. Wystąpieniem z dnia 8.07.2020 roku o udostępnienie informacji (których zastrzeżenie jest kwestionowane) zwrócił się wykonawca Cotel sp. z o.o. a nie odwołujący.

Odnosząc się do zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 i w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez kilkukrotne wezwanie wykonawców TRADE OFFICE oraz PROMOART do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, zamawiający wskazał, że żaden z obowiązujących przepisów nie zabrania zamawiającemu kilkukrotnego zwrócenia się do danego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, byleby zachowanie zamawiającego nie naruszało zasad uczciwej konkurencji. Niedopuszczalna byłaby zatem sytuacja, w której zamawiający wybiórczo dopytywałby jednego wykonawcę zaś innego eliminował nie dając mu okazji do udzielenia wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez TRADE OFFICE oraz PROMO-ART jako ofert, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez błędną ocenę ofert i wyjaśnień złożonych przez wykonawców: TRADE OFFICE oraz PROMO-ART i zaniechanie odrzucenia złożonych przez nich ofert jako zawierających rażąco niską ceną lub

koszt, zamawiający stwierdził, że myli się odwołujący w zasadniczej kwestii, która wedle zasady związania zarzutami przesądza o braku możliwości uwzględnienia zarzutu wobec wykonawcy PROMO — ART z przyczyn formalnych, co w efekcie w ocenie zamawiającego przesądza o braku interesu we wniesieniu odwołania. Zamawiający wezwał rzeczonego wykonawcę do wyjaśnienia stawki 15 zł netto jako niższej o 30% od średniej złożonych ofert. Przedmiotowa stawka została zakwestionowana (objęta żądaniem wyjaśnień), jednakże w zakresie Części I postępowania, gdzie istotnie mieściła się w progu kwotowym. W zakresie przedmiotu odwołania i treści sformułowanego zarzutu (odrzucenie oferty wobec niewykazania ciężaru dowodu rażąco niskiej ceny 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p.) zamawiający nigdy nie wezwał wykonawcy PROMO — ART. sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, albowiem graniczną kwotą była w tym wypadku kwota 14,92 zł, a zatem oferta wykonawcy w zakresie rzeczonej pozycji nie przekraczała stawki obligującej zamawiającego z mocy ustawy do zażądania wyjaśnień, a zatem wobec braku stosownego żądania nie sposób jest uwzględnić zarzutu, bowiem na wykonawcy PROMO — ART nigdy nie zostało ustanowiono domniemanie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji podstawą prawidłowo postawionego zarzutu winno być ewentualne uchybienie zamawiającego w zakresie braku wezwania, co jednak nie zostało uczynione. Na marginesie należy jedynie zaznaczyć, iż stan faktyczny, który opisuje odwołujący jest właściwy dla Części I a zatem dla wykonawcy Cotel sp. z o.o., który pierwotnie rozważał wniesienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca TRADE OFFICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszeniem nr 2020/S 066-158171 Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiotem którego mają być powszechnie dostępne usługi pośrednictwa sprzedaży usług/ofert świadczonych przez firmy TAURON Sprzedaż sp. z o.o. i/lub TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o. za pomocą centrum telefonicznego i realizowanych przy wykorzystaniu systemu CC zamawiającego i/lub wykonawcy (usługi CallCenter). Celem udzielanego zamówienia jest pozyskanie wykonawców mogących oferować produkty zamawiającego na płaszczyźnie tzw. klientów z segmentu „gospodarstw domowych" oraz sektora „przedsiębiorstw", w związku z czym zamawiający dokonał podziału zamówienia na dwie części.

Zamawiający ustanowił jedno kryterium oceny ofert, tj. Cenę (waga 100%), przy czym w ramach tego kryterium wyodrębnił:

C1 — cena jednostkowa sprzedaży produktu prąd (wraz z usługą) w Kampanii Sprzedażowej w procesie zawierania umów przez telefon oraz poza siedzibą sprzedawcy

(waga 70%),

C2 - cena jednostkowa sprzedaży produktu gaz (wraz z usługą) w Kampanii Pozyskiwaniowej w procesie zawierania umów poza siedzibą sprzedawcy (waga 10%)

C3 — cena jednej roboczogodziny pracy konsultanta RBH, przez co rozumie się minimum 30 minut rozmów konsultanta z klientami lub potencjalnymi klientami (waga 20%).

Zgodnie z pkt. 2.10 s.i.w.z., zamawiający skorzysta z możliwości przewidzianej w art. 24aa ust. 1 ustawy P.z.p., tj. dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W postępowaniu wpłynęły następujące oferty:

- Segment „Gospodarstwa domowe": 3LABS sp. z o.o., Call Center Poland sp. z o.o. (4), COTEL sp. z o.o., GALLUP sp. z o.o., PROMO - ART sp. z 0.0.(3), TEVITEL sp. z o.o. (2) oraz TRADE OFFICE sp. z o.o.

- Segment „Firmy": 3LABS sp. z o.o., Call Center Poland sp. z o.o., GALLUP sp. z o.o., PROMO - ART sp. z o.o. oraz TRADE OFFICE sp. z o.o., M. P. działający pod firmą GRUPA WBC M. P. .

Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert w zakresie poszczególnych kryteriów cenowych kształtowała się następująco: C1 — 74,69 zł brutto, C2 — 129,87 zł brutto, C3 — 28,77 zł brutto

W dniu 12 maja 2020 roku zamawiający zwrócił się do wykonawców TRADE OFFICE sp. z o.o. oraz PROMO — ART sp. z o.o. o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w zakresie części 2 zamówienia. Wykonawca PROMO - ART Sp. z o.o. został wezwany do wyjaśnienia elementu Kampania Pozyskaniowa Gaz (gdzie zaoferował stawkę 100 zł), natomiast wykonawca TRADE OFFICE Sp. z o.o. - do wyjaśnienia elementów Kampania Pozyskaniowa Gaz oraz roboczogodzina (RBH), gdzie wykonawca zaoferował stawki - odpowiednio 90 zł i 14 zł. Wykonawca PROMO - ART Sp. z o.o. nie został wezwany do wyjaśnienia elementu RBH, w którym zaoferował stawkę 15 zł netto.

Wyjaśnienia wykonawców TRADE OFFICE sp. z o.o. oraz PROMO - ART sp. z o.o. wpłynęły do zamawiającego 16 maja 2020 roku.

Wykonawca TRADE OFFICE w piśmie z dnia 16 maja 2020 roku poinformował, że wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993

roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 21 maja 2020 roku zamawiający skierował ponowne pismo do wykonawców TRADE OFFICE sp. z o.o. oraz PROMO - ART sp. z o.o. wezwanie do złożenia kolejnych wyjaśnień. Wezwanie skierowane do wykonawcy PROMO — ART sp. z o.o. dotyczyło stawki za roboczogodzinę tylko w zakresie Części 1 postępowania.

Odpowiedzi na powyższe pisma wpłynęły do zamawiającego 25.05.2020 roku, przy czym pismo wykonawcy TRADE OFFICE sp. z o.o. zawierało informacje, że wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Trade Office sp. z o.o. i spełniają przesłanki wymienione w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanej w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 marca 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r. poz. 419).

Przystępujący TRADE OFFICE wskazał, że 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.

Wykonawca wskazał, że wyjaśnienia ujawniają m.in.: autorską metodę kalkulacji ceny oferty, przyjęte założenia kalkulacyjne, czynniki kosztotwórcze, informacje o zasobach pozostających w dyspozycji Wykonawcy, w tym warunki współpracy z partnerami handlowymi. Są to więc informacje o charakterze organizacyjnym, handlowym i finansowym, które w sposób oczywisty posiadają dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Zastrzegane informacje zostały przygotowane specjalnie na potrzeby przedmiotowego postepowania oraz nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, w szczególności poprzez utajnienie przedmiotowych informacji oraz zobowiązanie pracowników do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o obowiązujące u Wykonawcy zasady obiegu informacji. Informacje te stanowią wartość gospodarczą dla Wykonawcy, gdyż ujawniają m.in. samodzielnie wypracowaną metodę wyceny kosztów realizacji kontraktu i kalkulacji ceny ofertowej. Ujawnienie treści niniejszego pisma podmiotom konkurencyjnym może doprowadzić do wyrządzenia Wykonawcy szkody. Zapoznanie się z autorskimi metodami kalkulacyjnymi wynikającymi z przedmiotowych wyjaśnień, pozwoliłoby konkurencji na doskonalenie swoich metod kalkulacyjnych, a tym samym na optymalizację cenową swoich ofert w postępowaniach wykonawczych, a przez to na zwiększenie własnej konkurencyjności ze szkodą dla Wykonawcy. W wyniku takich działań konkurencyjność Wykonawcy uległaby istotnej redukcji względem przedsiębiorców konkurencyjnych.

W ocenie wykonawcy TRADE OFFICE, okoliczności te w sposób jednoznaczny potwierdzają wartość gospodarczą zastrzeganych informacji.

W dniu 8.07.2020 r., zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszych ofert. Zamawiający dokonał wyboru dwóch najkorzystniejszych ofert w części II Postępowania (wykonawcy CALL CENTER POLAND S.A. i TRADE OFFICE).

W dniu 20.07.2020 roku o godzinie 12:31 Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z następującym żądaniem: „Szanowni Państwo, W związku z odmową przekazania nam złożonych przez wykonawców: TRADE OFFICE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz PROMO ART sp. z o.o. z siedzibą w Żyrardowie wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej ceny, zwracamy się o pilne (w dniu dzisiejszym) udostępnienie nam przedstawionego przez każdego z ww. wykonawców zastrzeżenia wyjaśnień dot. zaoferowanej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedstawione przez każdego z wykonawców uzasadnienie zastrzeżenia ww. wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi bowiem tajemnicy w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie zawiera bowiem informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa czy też innego rodzaju informacji posiadających wartość gospodarczą dla wykonawcy. Brak odtajnienia przez Zamawiającego przedstawionego przez każdego z ww. wykonawców zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowić będzie naruszenie przepisów ustawy Pzp, które może być przedmiotem skutecznego zarzutu w ewentualnym postępowaniu odwoławczym przed KIO.”

W odpowiedzi na powyższe zamawiający wyjaśnił, iż do dnia dzisiejszego nie prowadził z odwołującym jakiejkolwiek korespondencji związanej z udostępnianiem dokumentacji przetargowej, zaś powyższy wniosek obejmujący w istocie żądanie udostępnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (bez uwzględnienia treści zastrzeganych dokumentów) sformułowanych przez wykonawców PROMO — ART oraz TRADE OFFICE jest pierwszym wnioskiem w sprawie. Dyspozycja żądania została zrealizowana w tym samym dniu o godzinie 17:01.

Tego samego dnia o godzinie 18:31 (po godzinach pracy biura zamawiającego) odwołujący ponownie zwrócił się do zamawiającego o pilne jeszcze w dniu 20.07.2020 roku udostępnienie dokumentacji postepowania w zakresie korespondencji z wykonawcami PROMO - ART oraz TRADE OFFICE, zaś o 19:03 nadesłał kopię wniesionego odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie ujawnienia przedstawionych przez wykonawcę TRADE OFFICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż odwołujący nie ma interesu, ponieważ nie wezwał zamawiającego do udostępnienia informacji w zakresie rażąco niskiej ceny przed terminem wniesienia odwołania, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Dla oceny, czy danemu wykonawcy przysługują uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., należy ustalić, czy zaszły przesłanki wskazane w przedmiotowym unormowaniu, tj., czy:

- wykonawca wnoszący odwołanie ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia,

- wykonawca ten poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że odwołujący wykazał istnienie powyższych przesłanek. W szczególności dowiódł, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia, co uzasadnia jego interes w uzyskaniu zamówienia. Wykazał również, że zamawiający zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p., czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Odnosząc się do argumentu, że odwołujący nie wezwał zamawiającego do udostępnienia informacji w zakresie rażąco niskiej ceny, Izba wskazuje, że wezwanie zamawiającego do dokonania określonej czynności nie musi być warunkiem sine qua non do wniesienia odwołania przez danego wykonawcę. Podkreślić należy, że pełnomocnik odwołującego, miał wiedzę w zakresie tego, że zamawiający nie ujawnił wyjaśnień w zakresie ceny, którą to wiedzę uzyskał reprezentując innego wykonawcę w tym samym postępowaniu. Fakt utajnienia dokumentów przez zamawiającego w danym postępowaniu odnosi bowiem skutki wobec wszystkich wykonawców, nie zaś tylko wobec tego, który wezwał zamawiającego do ich ujawnienia.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że w ramach procedury odwróconej, a z taką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia bez względu na zajmowane przez niego miejsce w rankingu. Szerokie rozumienie interesu zostało potwierdzone między innymi wyrokiem z dnia 10 grudnia 2018 r., wydanym przez KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 2446/18, w którym Izba uznała, iż w przypadku uwzględnienia odwołania, przy ponownym badaniu ofert, odwołujący może podnosić zarzuty wobec wyłonionego wykonawcy. W wyniku ich potwierdzenia, czyli w sytuacji kolejnego badania i oceny ofert przez zamawiającego, odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia, w sytuacji, gdyby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W ocenie KIO, bez względu na ilość złożonych przez odwołującego odwołań, w dalszym ciągu dysponować on będzie realnymi szansami na uzyskanie zamówienia. Zdaniem Izby, w odniesieniu do procedury odwróconej, interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy wykonawca, który został sklasyfikowany w rankingu ofert (tzn. którego oferta nie została odrzucona).

Odnosząc się do uwzględnionego przez Izbę zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie ujawnienia przedstawionych przez wykonawcę TRADE OFFICE wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy P.z.p., może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze i drugie ustawy P.z.p, 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.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1010 ze zm.), 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.

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,

- informacje te 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

- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października

2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Ocena ma być dokonana ex ante, a nie ex post. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący TRADE OFFICE złożył wyjaśnienia na okoliczność wykazania zasadności dokonanych zastrzeżeń. W ocenie Izby niektóre informacje, których ujawnienia żąda odwołujący, mogłyby zostać uznane za mające charakter uzasadniający objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, niemniej jednak przystępujący nie wskazał, które konkretnie informacje mają taki charakter. Przystępujący przykładowo wskazał jedynie na autorską metodę kalkulacji ceny oferty, przyjęte założenia kalkulacyjne, czynniki kosztotwórcze, informacje o zasobach pozostających w dyspozycji wykonawcy, w tym warunki współpracy z partnerami handlowymi. Izba zwraca uwagę, że w złożonych wyjaśnieniach znajdują się również inne informacje niż wskazane przykładowo przez wykonawcę i wykonawca nie wyjaśnił, dlaczego ich charakter uzasadnia objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego, Izba podkreśla, że przystępujący nie wykazał przy tym, iż w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął działania w celu zachowania ich poufności.

Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia", że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorących udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i - jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba wskazuje, że przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 16 maja 2020 roku ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei w wyjaśnieniach z dnia 25 maja 2020 roku stwierdził, że podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, w szczególności poprzez utajnienie przedmiotowych informacji oraz zobowiązanie pracowników do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o obowiązujące u wykonawcy zasady obiegu informacji. Przystępujący nie załączył do wyjaśnień rzeczonych zobowiązań ani też zasad obiegu informacji, na które się powoływał.

Stanowisko Izby wyrażone w wyroku stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu - np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa przepisie art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe

twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.

Z uwagi na powyższe Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie ujawnienia przedstawionych przez przystępującego TRADE OFFICE wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, i nakazała zamawiającemu ujawnienie przedstawionych przez przystępującego wyjaśnień.

Jednocześnie Izba uznała, że pozostałe zarzuty podniesione wobec oferty przystępującego TRADE OFFICE podlegają oddaleniu jako przedwczesne. Izba nakazała zamawiającemu również unieważnienie czynności najkorzystniejszej oferty, co oznacza, że odwołujący, po zapoznaniu się treścią wyjaśnień, będzie mógł podnosić dalsze zarzuty w zakresie ceny zaoferowanej przez przystępującego oraz złożonych przez niego wyjaśnień.

Izba uznała natomiast za nieuzasadnione zarzuty podniesione wobec oferty złożonej przez wykonawcę PROMO - ART.

Odwołujący domagał się ujawnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PROMO-ART w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny, jednocześnie podnosząc, że wykonawca PROMO-ART w zakresie kryterium C3 zaoferował cenę 18,45 zł brutto (15,00 zł netto), która to cena pozostaje niższa o nieco ponad 26% od średniej arytmetycznej. Jednocześnie odwołujący stwierdził, że zamawiający słusznie poczynił domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny i wystąpił do wykonawcy z wezwaniem z dnia 12.05.2020 r. o stosowne wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zaoferowana przez wykonawcę PROMO-ART cena nie obligowała zamawiającego do wszczynania postępowania wyjaśniającego. Wskazać należy, że - w myśl art. 90 ust. 1a ustawy P.z.p. - obowiązek taki istnieje, gdy zaoferowana cena jest niższa o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający nie wzywał zatem wykonawcy PROMO-ART do złożenia wyjaśnień w zakresie kryterium C3 w zadaniu 2, w którym wniesiono odwołanie. Zamawiający natomiast wzywał wykonawcę PROMO-ART do złożenia wyjaśnień w zakresie kryterium C3 w zadaniu 1, którego nie dotyczy przedmiotowe odwołanie.

Tym samym zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez błędną ocenę ofert i wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PROMO-ART i zaniechanie odrzucenia złożonej przez niego oferty jako zawierającej rażąco niską ceną lub

koszt oraz naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 i w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez kilkukrotne wzywanie wykonawcy PROMO-ART do złożenia wyjaśnień, Izba uznała za bezpodstawne.

Jednocześnie, również z uwagi na treść art. 90 ust. 1a ustawy P.z.p., Izba uznała za

nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PROMO-ART jako oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Jak już wyżej wskazano, zaoferowana przez wykonawcę PROMO-ART cena w zakresie kryterium C3 nie była niższa o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen innych ofert, w związku z czym zamawiający nie był obowiązany prowadzić wobec niej postępowania wyjaśniającego ani cena nie była rażąco niskiej, a złożenie oferty nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.