Sygn. akt: KIO 501/20

WYROK

z dnia 29 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Aldona Karpińska

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2020 r. przez wykonawcę: Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających:

- Gmina Nowy Targ, ul. Bulwarowa 9, 34-400 Nowy Targ,
- Gmina Miasto Nowy Targ, ul. Krzywa 1,34-400 Nowy Targ 3,
- Gmina Czorsztyn, ul. Gorczańska 3,34-436 Maniowy,
- Gmina Łapsze Niżne, ul. Jana Pawła II 20,34-442 Łapsze Niżne,
- Gmina Brzesko, ul. Bartosza Głowackiego 51,32-800 Brzesko,
- Gmina Alwernia, ul. Zbigniewa Gęstkowskiego,7, 32-566 Alwernia,
- Gmina Babice, ul. Krakowska 56, 32-551 Babice,
- Gmina Chrzanów, al. Henryka 20, 32-500 Chrzanów,
- Gmina Libiąż, ul. Działkowa 1, 32-590 Libiąż,
- Gmina Trzebinia, ul. Marszałka Piłsudskiego 14, 32-540 Trzebinia,

w imieniu i na rzecz których działa Gmina Nowy Targ, ul. Bulwarowa 9, 34-400 Nowy Targ

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa, na

rzecz zamawiających:

• Gmina Nowy Targ, ul. Bulwarowa 9, 34-400 Nowy Targ,

• Gmina Miasto Nowy Targ, ul. Krzywa 1,34-400 Nowy Targ,

• Gmina Czorsztyn, ul. Gorczańska 3, 34-436 Maniowy,

• Gmina Łapsze Niżne, ul. Jana Pawła II 20, 34-442 Łapsze Niżne,

• Gmina Brzesko, ul. Bartosza Głowackiego 51, 32-800 Brzesko,

• Gmina Alwernia, ul. Zbigniewa Gęstkowskiego 7, 32-566 Alwernia,

• Gmina Babice, ul. Krakowska 56, 32-551 Babice,

• Gmina Chrzanów, al. Henryka 20, 32-500 Chrzanów,

• Gmina Libiąż, ul. Działkowa 1, 32-590 Libiąż,

• Gmina Trzebinia, ul. Marszałka Piłsudskiego 14, 32-540 Trzebinia,
w imieniu i na rzecz których działa Gmina Nowy Targ, ul. Bulwarowa 9, 34-400 Nowy Targ kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Nowym Sączu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 501/20

UZASADNIENIE

Zamawiający:

- Gmina Nowy Targ, ul. Bulwarowa 9, 34-400 Nowy Targ,
- Gmina Miasto Nowy Targ, ul. Krzywa 1, 34-400 Nowy Targ,
- Gmina Czorsztyn, ul. Gorczańska 3, 34-436 Maniowy,
- Gmina Łapsze Niżne, ul. Jana Pawła II 20, 34-442 Łapsze Niżne,
- Gmina Brzesko, ul. Bartosza Głowackiego 51, 32-800 Brzesko,
- Gmina Alwernia, ul. Zbigniewa Gęstkowskiego 7, 32-566 Alwernia,
- Gmina Babice, ul. Krakowska 56, 32-551 Babice,
- Gmina Chrzanów, al. Henryka 20, 32-500 Chrzanów,
- Gmina Libiąż, ul. Działkowa 1, 32-590 Libiąż,
- Gmina Trzebinia, ul. Marszałka Piłsudskiego 14, 32-540 Trzebinia,

w imieniu i na rzecz których działa Gmina Nowy Targ, ul. Bulwarowa 9, 34-400 Nowy Targ, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Montaż instalacji odnawialnych źródeł energii na terenie Gmin: Nowy Targ,

Miasta Nowy Targ, Czorsztyn, Łapsze Niżne, Brzesko, Alwernia, Babice, Chrzanów, Libiąż oraz Trzebinia", nr referencyjny: GPI-ZPI.271.3.3.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 października 2019 r., nr 2019/S 205-498832. W dniu 5 marca 2020 r. zamawiający poinformował o odtajnieniu treści złożonych przez wykonawcę Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa (dalej: „odwołujący") wyjaśnień w sprawie ceny jego oferty, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 9 marca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości,

2) art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2019 poz. 1010 ze zm.), zwanej dalej: „uznk", poprzez błędne przyjęcie, że informacje przedstawione w wyjaśnieniach w sprawie ceny oferty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w myśl art. 11 ust. 2 uznk oraz błędne przyjęcie, że odwołujący w sposób nieskuteczny zastrzegł informacje w złożonych wyjaśnieniach odnośnie ceny, w konsekwencji czego zamawiający odtajnił wyjaśnienia, informacje i dowody tam zawarte wszystkim zainteresowanym podmiotom, w tym konkurentom odwołującego,

w sytuacji, gdy informacje zawarte w wyjaśnieniach w sprawie ceny oferty wraz z dowodami, (tj. załącznikami stanowiącymi ich integralną część) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w niniejszej sprawie doszło do skutecznego i zasadnego zastrzeżenia oraz wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa oraz innych przepisów prawa wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „Zamawiający odtajnił informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w Wyjaśnieniach w sprawie ceny oferty wraz z dowodami, w tym m.in. ofertami podmiotów współpracujących, podwykonawców, szczegółowej kalkulacji ceny. Stanowczego podkreślenia wymaga, że informacje zawarte w Wyjaśnieniach w sprawie ceny wraz z załączonymi dowodami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl art. 11 ust. 2 uznk (...).

W odniesieniu do pierwszej przesłanki należy zauważyć, że informacje te są informacjami technicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa jak również posiadają wartość gospodarczą dla Odwołującego. Stanowią one bowiem rozwiązanie dotyczące sposobu skalkulowania ceny, które pozwala na uzyskiwanie zamówień w danym zakresie i po określonej cenie oraz pozwala na skuteczne konkurowanie na danym rynku. Kalkulacje dokonywane są na podstawie połączenia unikalnych okoliczności, wiedzy i doświadczenia Sanito Sp. z o.o., jego potencjale technicznym i kadrowym, a także kontaktach handlowych. Odwołujący w Wyjaśnieniach w sprawie ceny wykazał, że szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla niego informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku. W złożonych wyjaśnieniach zawarto szczegółowy opis elementów składowych ceny oraz sposobu jej kalkulacji z uwzględnieniem m.in. kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, kosztów administracyjnych i operacyjnych, a także marginesu zysku. Ponadto do wyjaśnień zostały załączone dokumenty zawierające szczegółowe zestawienia w zakresie kalkulacji cenowej, kopie ofert poddostawców wraz z wyceną poszczególnych elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. (...)

Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurowania na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. W Wyjaśnieniach wykazano, że informacje tam zawarte mają wartość gospodarczą dla Odwołującego, w szczególności dotyczy to takich zagadnień jak: organizacja pracy, logistyka, koszty wykonywania robót/usług, wysokość zysku, kontakty z kontrahentami, ceny uzyskane za podwykonawstwo, ceny materiałów, wielkość rabatów, źródła dostaw.

Ponadto sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizację zysków stanowi zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, ponieważ pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania wykonawcy, organizację pracy i stosowane metody oraz sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwalał na

zaoferowanie ceny najkorzystniejszej, a po drugie pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie i osiągnięcie zysku, stanowiąc podstawy rentowności przedsiębiorstwa. Sposoby kalkulacji ceny wypracowywane przez kilka lat, w oparciu o doświadczenie zatrudnianych pracowników i współpracy ze sprawdzonymi podwykonawcami posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą, mają wpływ na utrzymanie jego konkurencyjności na rynku (...). Ponadto nie ulega wątpliwości, że oferty handlowe kontrahentów, informacje o rabatach i umowy z podwykonawcami mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. (...)

W zakresie drugiej z przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk, należy wskazać, iż w Wyjaśnieniach w sprawie ceny Odwołujący wykazał, że informacje tam zawarte nie były ujawnione do wiadomości publicznej - nie są one znane ogółowi lub osobom innym niż uprawnione do pozyskania tej wiedzy, w tym nie są znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób, zaś Sanito Sp. z o.o. również w ślad za zobowiązaniami narzuconymi przez kontrahentów wyraziło swoją wolę pozostawienia tych informacji jako poufnych poprzez złożenie odpowiedniego oświadczenia w chwili składania wyjaśnień, wobec czego żaden konkurent, czy też szerzej, żaden inny podmiot nieuprawniony przez wykonawcę w zwykłej i dozwolonej drodze nie może zapoznać się z treścią zastrzeżonych informacji. Złożone kalkulacje były przygotowane jedynie na potrzeby niniejszego postępowania.

W zakresie trzeciej przesłanki należy wskazać, że podjęto w stosunku do informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności - Sanito Sp. z o.o. wdrożyło i stosuje wewnętrzną politykę ochrony informacji, nakładającą w szczególności zobowiązanie na pracowników i współpracowników do ochrony informacji i ich nieujawniania. Sanito Sp. z o.o. stosuje ponadto takie zabezpieczenia (ochrona hasłami, wyodrębnienie dokumentacji chronionej i odpowiednie jej przechowywanie, oznaczanie/informowanie i przestrzeganie o chronionym charakterze informacji) informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa przetwarzanych elektronicznie, jak i w wersji papierowej oraz ustnej, że w normalnym toku zdarzeń chroniona informacja nie może dotrzeć w sposób legalny do nieuprawnionych osób trzecich. (...)

Twierdzenie Zamawiającego, iż wysokość rabatu zaoferowanego przez danego producenta w przedmiotowym postępowaniu trudno uznać za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, „skoro na podstawie różnic w cenach oferowanych przez poszczególnych wykonawców taki rabat można mniej więcej określić" jest w ocenie Odwołującego niedorzeczne. Należy bowiem zauważyć, że w formularzu ofertowym wykonawcy przedstawiali cenę łączną oferty, a także tabele dotyczące poszczególnych instalacji kolektorów słonecznych, które należało uzupełnić o cenę jednostkową netto danej instalacji. Z kolei w Wyjaśnieniach w sprawie ceny oferty Odwołujący przedstawił szczegółowe kalkujące cenowe dotyczące kosztu wykonania poszczególnych instalacji fotowoltaicznych z rozbiciem na czynniki cenotwórcze, w tym marżę. Na podstawie analizy formularza ofertowego nie ma żadnej możliwości wydedukowania jaki konkretnie rabat został udzielony dla danych urządzeń i przez jaki podmiot (tj. czy przez producenta, czy przez dystrybutora), ponieważ w skład ceny jednostkowej poszczególnych instalacji wymienionych w formularzu ofertowym wchodzi wiele elementów. Poza ceną dostawy urządzenia są to m.in. koszty wykonania inwentaryzacji i ekspertyz, przygotowania dokumentacji, przygotowania terenu budowy, dostawa okablowania, dostawa uziemienia, serwis, marża, a także inne ryzyka. W świetle powyższego, nie ma możliwości ustalenia - jak to wskazuje Zamawiający - „mnie więcej rabatu" udzielonego przez konkretny podmiot.

Dodatkowo, absolutnie bezpodstawnym jest twierdzenie Zamawiającego, że „skoro w treści oferty wskazany jest producent sprzętu, to inni wykonawcy już poprzez zaznajomienie się z jawną ofertą wykonawcy mają wiedzę, iż pozostaje on w kontaktach handlowych z określonym podmiotem, który jest dystrybutorem tego sprzętu". Należy bowiem zauważyć, że na rynku funkcjonuje wiele podmiotów będących dystrybutorami urządzeń, wobec czego nie jest możliwa jednoznaczna identyfikacja podmiotu udzielającego rabatu dokonana tylko i wyłącznie na podstawie treści formularza ofertowego.

Należy bowiem zauważyć, że gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność Odwołującego. Powyższe stanowi o możliwości uznania tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, (...).

Ponadto, twierdzenie, że Wyjaśnień w sprawie ceny oraz dowodów nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ „nie zostały opatrzone klauzulą poufności przez autorów tych pism" jest całkowicie niezasadne. Należy zauważyć, że z żadnego przepisu prawa nie wynika obowiązek opatrywania klauzulą poufności oferty handlowej składanej przez podmiot określony podmiot drugiemu przedsiębiorcy. Okoliczność, iż na danej ofercie

handlowej jej wystawca np. nie postawił pieczątki „tajemnica", bądź nie wskazał w treści, aby nie ujawniać jej publicznie, nie może arbitralnie świadczyć o tym, iż takiego zastrzeżenia nie dokonano. Odwołujący i podmioty te działają na podstawie umów współpracy, które zobowiązują strony do zachowania poufności przekazanych informacji, a oferty te są zazwyczaj przesyłane drogą mailową gdzie w treści wiadomości (zazwyczaj w tzw. „stopce") widnieje informacja, że korespondencja przeznaczona jest wyłącznie dla osoby lub podmiotu, do którego jest zaadresowana i może zawierać treści chronione przepisami prawa. Brak na danej ofercie producenta/dystrybutora klauzuli o tajemnicy przedsiębiorstwa nie świadczy więc o tym, że informacje zawarte w jej treści nie stanowią takiej tajemnicy. (...)

Przedstawione przez Odwołującego w Wyjaśnieniach w sprawie ceny załączniki stanowią oferty, które zawierają inne ceny niż ceny oferowane w ogólnodostępnych cennikach.

Odwołujący wraz z Wyjaśnieniami przedłożył wiele ofert podmiotów, które z nim współpracują i z uwagi na tę współpracę, Odwołujący posiada możliwość uzyskania preferencyjnych rabatów. Oferty wskazują nazwy konkretnych podmiotów i udzielony rabat. W ocenie Odwołującego, gdyby doszło do odtajnienia tych dowodów, konkurenci:

- mieliby wiedzę o podmiotach z którymi współpracuje Odwołujący i mogliby próbować je „podkupić",
- zapoznaliby się z wysokością udzielonego rabatu, co w przypadku, gdy dany wykonawca również współpracuje z danym podmiotem i nie osiąga takich rabatów, mogłoby wpłynąć na współpracę tego konkurenta z producentem/dostawcą i współpracę Odwołującego z dostawcą/producentem.

Wobec powyższego nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że „Wykonawca nie wykazał, że producenci sprzętu lub dystrybutorzy oferują mu jakieś wyjątkowe rabaty, upusty, których nie oferują konkurentom albo że dotarcie do takich kontrahentów jest bardzo utrudnione".

Nie ulega wątpliwości, że Wyjaśnienia w sprawie ceny prezentowały nie tylko indywidualne założenia kalkulacyjne w rozbiciu pozycje, ale także zawierały umowy prezentujące podjęte działania w celu realizacji umowy na warunkach zadeklarowanych. Ich odtajnienie pozwalałoby konkurencji na poznanie zasad, jakie stanowią podstawę działalności przedsiębiorcy i sposobu kalkulacji stawki przy tego rodzaju zamówieniu, przy którym jest to szczególnie ważne z uwagi na ryzyka i zasady rozliczania.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał, że ujawnienie informacji może spowodować powstanie wymiernej szkody, ponieważ wykazywane w wyjaśnieniach okoliczności i ich wpływ na przygotowaną kalkulację zawierają informacje dotyczące nazw kontrahentów, rodzaju i wartości wykonanych usług i sposobu ich angażowania. Są to zatem dane handlowe oraz organizacyjne, mające wartość gospodarczą i jako takie podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ujawnienie ich wiąże się z podaniem do wiadomości publicznej informacji dotyczących posiadanego przez firmę potencjału oraz faktu współpracy handlowej. Ujawnienie tych informacji mogłoby narazić Wykonawcę na roszczenia ze strony współpracowników i kontrahentów z tytułu ujawnienia tajemnicy handlowej. (...)

Podkreślenia wymaga, że odtajnienie Wyjaśnienia w sprawie ceny oferty umożliwiłoby konkurencji Sanito Sp. z o. o. przejęcie rozwiązań Odwołującego i używanie ich przy sporządzaniu własnych ofert, co doprowadziłoby do zniwelowania przewagi konkurencyjnej Odwołującego. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego pozyskanie. Ułatwienie innym wykonawcom dostępu do tajemnic handlowych, strategii firmy, kontaktów handlowych, czy sposobu prowadzenia polityki cenowej i pozyskanych ofert, prowadzi do jawnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji."

Odwołujący dodał, że zamawiający poinformował wykonawców o odtajnieniu dokumentów złożonych przez innych wykonawców i zamiarze przekazania ich treści po upływie terminu na wniesienie odwołania, natomiast nie zawarł tożsamej informacji w stosunku do odtajnionych wyjaśnień złożonych przez odwołującego, wobec czego istnieje ryzyko, że zamawiający udostępnił lub udostępni ich treść przed upływem terminu na wniesienie niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 5 marca 2020 r., tj. unieważnienia odtajnienia prawidłowo zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień w sprawie ceny oferty.

Pismem z dnia 12 marca 2020 r. wykonawca Zakład Produkcyjno-Handlowy S. K., ul. Leśna 5, 24-100 Klikawa zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W dniu posiedzenia odwołujący zgłosił opozycję przeciwko przystąpieniu ww. wykonawcy, wskazując, iż odwołujący był wzywany do wyjaśnień i złożył je zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa - w części nr 2 postępowania, zatem odtajnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przez zamawiającego również dotyczy tylko tej części. Tymczasem wykonawca Zakład Produkcyjno-Handlowy S. K. w ogóle nie złożył oferty w tej części postępowania, zatem nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Izba ustaliła, że ww. wykonawca wskazał w treści przystąpienia, że jego interes polega na tym, że złożył ofertę i jest w grupie potencjalnych wykonawców, zaś zbadanie oferty odwołującego jest niezbędne do tego, aby następnie możliwe było korzystanie przez innych wykonawców ze środków ochrony prawnej. Biorąc pod uwagę fakt, że wykonawca zgłaszający przystąpienie nie złożył oferty w części postępowania, której dotyczy odwołanie, należy stwierdzić, że sposób wykazywania przez niego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, nie ma potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy i nie wykazał on tegoż interesu. W związku z powyższym Izba uwzględniła opozycję i nie dopuściła ww. wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego.

W dniu posiedzenia odwołujący złożył także pismo uzupełniające argumentację przedstawioną w odwołaniu.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, pomp ciepła oraz kotłów na biomasę na terenie Gmin: Nowy Targ, Miasta Nowy Targ, Czorsztyn, Łapsze Niżne, Brzesko, Alwernia, Babice, Chrzanów, Libiąż oraz Trzebinia. Przedmiot zamówienia został podzielony wg przedmiotu dostawy na 4 części, oferty można składać na wszystkie części.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia:

Części 1 - 10.412.280,00 zł brutto,

Części 2 - 31.872.096,00 zł brutto,

Części 3 - 3.611.520,00 zł brutto,

Części 4 - 4.760.640,00 zł brutto.

Odwołujący zaoferował następujące ceny w poszczególnych częściach przedmiotu zamówienia:

Część 1 - 9.389.103,12 zł brutto,

Część 2 - 20.329.854,12 zł brutto,

Część 3 - 3.047.362,54 zł brutto,

Część 4 - 3.821.873,76 zł brutto.

Pismem z dnia 10.02.2020 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, wezwał odwołującego w części nr 2, do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących ceny jego oferty.

Pismem z dnia 16.02.2020 r. odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami i zastrzegł ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 05.03.2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o odtajnieniu jego wyjaśnień i załączników dotyczących ceny oferty. W uzasadnieniu zamawiający wskazał m.in.:

„Wykonawca w żaden sposób nie wskazał wyjątkowego czy unikalnego charakteru stosowanych rozwiązań cenotwórczych, które ewentualne ujawnienie konkurencji mogłaby go narazić na szkodę. Oczywistym jest, że przy tak dużych postępowaniach na wykonanie dostawy producenci oferują rozmaite rabaty, co wpływa na wysokość ostatecznej ceny. Wysokość rabatu zaoferowanego przez danego producenta w przedmiotowym postępowaniu trudno uznać za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro na podstawie różnic w cenach oferowanych przez poszczególnych wykonawców taki rabat można mniej więcej określić. Co więcej, w przedmiotowym postępowaniu pisma dystrybutorów o zastosowanych cenach nie zostały opatrzone klauzulą poufności przez autorów tych pism".

„Oczywistym jest, że skoro w treści oferty wskazany jest producent sprzętu, to inni wykonawcy już poprzez zaznajomienie się z jawną ofertą wykonawcy mają wiedzę, iż pozostaje on w kontaktach handlowych z określonym podmiotem, który jest dystrybutorem tego sprzętu".

„Ponadto, wykonawca winien wykazać, że ujawnienie informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach spowoduje wymierną szkodę w przedsiębiorstwie. Takich jednak okoliczności w ocenie zamawiającego wykonawca nie wykazał. Raz jeszcze podkreślić należy, że ogólne stwierdzenia wykonawcy o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, czy o ryzyku narażenia na szkodę poprzez ich ujawnienie bez odniesienia się do konkretnych informacji zawartych w dokumentach, analizy ich wartości gospodarczej i uprawdopodobnienia szkody jaką może przynieść ich ujawnienie jest w ocenie zamawiającego niewystarczające".

„Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie sprostał ciężarowi wykazania, że podjął niezbędne działania celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z powyższego przepisu wynika, że niewystarczające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań niezbędnych. Działania niezbędne to innymi słowy działania skuteczne w tym znaczeniu, iż gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie konstruowania ceny począwszy od dostawcy, przez pośredników, do zespołu ofertowania u wykonawcy (...). Ten element uzasadnienia zastrzeżenia wykonawca sprowadził do oświadczeń, że zadbał o zachowanie ich poufności poprzez zobowiązanie swoich współpracowników i kontrahentów do zachowania poufności".

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron 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 kwestionowaną czynność 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 wykonawca „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.

Izba poddała analizie treść uzasadnienia z dnia 16.02.2020 r. dotyczącego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny i stwierdziła, co następuje.

Po pierwsze, większość treści tego uzasadnienia stanowi zbiór oświadczeń o charakterze ogólnym, w których przykładowo brakuje szczegółowego wyjaśnienia:

- do czego konkurentom mogłaby przydać się wiedza „na temat sposobu działalności firmy, know-how w zakresie metodologii i kosztów oferty oraz stosowanej marży, a w szczególności co do kształtu ofert producentów, podwykonawców",

- w jaki sposób konkurenci mieliby wykorzystać tę wiedzę i w jaki sposób wykorzystanie jej wpłynęłoby na osłabienie pozycji odwołującego,

- na czym polega wartość gospodarcza wskazanych ogólnie okoliczności oraz ich wpływ na przygotowaną kalkulację,

- z czego wynika wartość gospodarcza nazw kontrahentów, danych dotyczących usług, potencjału firmy i faktu współpracy z danym podmiotem,

- z czego (z jakich dokumentów) wynika wskazana tajemnica handlowa i ryzyko roszczeń ze strony współpracowników oraz jaki jest ich konkretny zakres,

- na czym polega unikalność okoliczności, wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i kadrowego oraz kontaktów handlowych odwołującego i jak przekłada się na wartość gospodarczą.

Ogólne sformułowania w ww. zakresie i zapewnienia o zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie są wystarczające do rzeczywistego wykazania, że zachodzą przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk.

Po drugie, odwołujący w ww. piśmie utożsamia charakter informacji, np. komercyjny czy organizacyjny, z posiadaniem przez nie wartości gospodarczej. Należy stwierdzić, że ww. charakter danej informacji nie przesądza automatycznie o jej wartości gospodarczej. W art. 11 ust. 2 uznk ustawodawca wyraźnie rozgraniczył charakter informacji (np. organizacyjny, czy inny) od tego, że dodatkowo informacje te muszą mieć wartość gospodarczą. Zatem charakter informacji, także komercyjny, nie może być utożsamiany z wartością gospodarczą, która powinna być (obok charakteru informacji) wykazana odrębnie. Tymczasem odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, np. w jaki sposób

ujawnienie kalkulacji cenowej czy innych informacji przełoży się na sytuację gospodarczą odwołującego i że takie przełożenie w ogóle ma charakter realny.

Po trzecie, odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje rzeczywiście są zachowywane w poufności. Oświadczenia o tym, że zastrzeżone informacje nie są znane ogółowi, że istnieją zobowiązania narzucone przez kontrahentów, że wdrożono wewnętrzną politykę ochrony informacji, że stosuje się określone zabezpieczenia informacji przetwarzanych elektronicznie, w wersji papierowej i ustnej, pozostają jedynie oświadczeniami i deklaracjami. Każdy wykonawca może w chwili złożenia oferty lub wyjaśnień takie oświadczenia i deklaracje składać w celu wykazania przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. Tymczasem, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, przesłanka ta, jak i pozostałe, musi być wykazana. Aby ją wykazać, należy np. przedstawić dokumenty istniejące już wcześniej, z których wynika, że konkretne informacje (te same, które zostały zastrzeżone) w konkretnych okolicznościach są dostępne wyłącznie dla konkretnego kręgu osób. Z dokumentacji postępowania wynika, że odwołujący składając pismo z dnia 16.02.2020 r. takiego wykazania nie przeprowadził. Natomiast dokumenty złożone wraz z JEDZ przede wszystkim nie wyczerpują wszystkich dokumentów, które odwołujący powinien złożyć stosownie do przedłożonych wyjaśnień (np. nie są dokumentem określającym wewnętrzną politykę ochrony informacji). Ponadto klauzula poufności została złożona w oderwaniu od dokumentu, którego prawdopodobnie jest częścią, zatem nie wiadomo, czy nie istnieją inne postanowienia ograniczające jej stosowanie, a także którzy pracownicy odwołującego zobowiązani są ją stosować. Oświadczenie pana K. T. dotyczy zaś wyłącznie dokumentów zapisanych w wewnętrznym systemie informatycznym spółki, zatem nie wiadomo, czy określone dokumenty nie znajdują się poza tym systemem i jaka jest ich dostępność. W konsekwencji, dowody złożone wraz z JEDZ nie stanowią wystarczającego potwierdzenia, że w stosunku do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zachowano wymogi poufności, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, a żadnych innych dowodów nie złożono.

Po czwarte, co do przytoczonego w ww. piśmie orzecznictwa należy zauważyć, że zarówno Izba jak i sądy wydają orzeczenia w konkretnych stanach faktycznych, a zatem w odniesieniu do konkretnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, którego treść nie może być przecież tożsama z treścią uzasadnienia w przedmiotowej sprawie. Ponadto, przytoczone orzeczenia zostały wydane ponad 6 lat temu, a zatem częściowo w innym stanie prawnym (m.in. brak wymogu „wykazania" w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp), ale pomijając nawet ten fakt, dostrzec należy, że - w zależności od stanu faktycznego sprawy - w aktualnym orzecznictwie coraz częściej zwraca się uwagę na niezasadność i niedopuszczalność zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem przytoczone orzecznictwo nie dotyczy identycznego stanu faktycznego, częściowo zostało wydane w innym stanie prawnym i nie ma już aktualnie charakteru dominującego. Niezależnie jednak od powyższego, przede wszystkim podkreślić należy, że cytowanie orzeczeń KIO lub sądów nie stanowi wykazania spełniania przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk.

Po piąte, we fragmencie na str. 14 ww. pisma (jedynym bardziej szczegółowym) o treści: „Nieuprawnione wyjawienie tych informacji przez Zamawiającego stanowić może podstawę do dokonywania przed podmioty konkurencyjne wobec Wykonawcy niedozwolonych czynów nieuczciwej konkurencji, polegających m.in. na.: nakłanianiu osób współpracujących z Wykonawcą, do rozwiązania współpracy lub też w późniejszym okresie do niewykonywania lub nienależytego wykonywania umowy w celu przysporzenia korzyści osobom trzecim albo szkodzeniu wykonawcy", odwołujący opisuje potencjalne działania konkurencji, które mają charakter czysto hipotetyczny i nie zostały poparte żadnym przykładem zaistniałym realnie. Opisane działania (rozwiązanie współpracy lub niewykonanie umowy) byłyby także w dalszej perspektywie niekorzystne dla podmiotów współpracujących z wykonawcą, co stawia pod znakiem zapytania wiarygodność tej argumentacji. Przede wszystkim jednak należy stwierdzić, że w dalszym ciągu jest to argumentacja niewystarczająca dla wykazania wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, choćby w zakresie poufności informacji.

Po szóste, przywoływane przez odwołującego na rozprawie fragmenty ze str. 8, 15 i 16 ww. uzasadnienia z dnia 16.02.2020 r. o treści:

- str. 8: „W załączeniu przedstawiamy indywidualnie wynegocjowaną i otrzymaną ofertę....."

(na marginesie: ten fragment nie stanowi części uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ale część wyjaśnień rażąco niskiej ceny),

- str. 15: „Ponadto zaprezentowane rozwiązanie oraz uzasadnienie przygotowanej wyceny jest efektem długofalowej strategii biznesowej, współpracy i kooperacji z dostawcami odpowiednich rozwiązań, opartych na innowacyjności metodycznej, organizacyjnej oraz osobowej.",

- str. 16: „Kalkulacja była przygotowana dla potrzeb tylko i wyłącznie przedmiotowego

postępowania.”

również są tylko jednozdaniowymi oświadczeniami, które bez szczegółowego wyjaśnienia, w szczególności wpływu ujawnienia tych: indywidualnych negocjacji, strategii, współpracy, kooperacji i innowacji oraz indywidualnej kalkulacji, na wartość gospodarczą i sytuację odwołującego na rynku, nie mogą być uznane za wykazujące zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W wyniku wyżej wskazanej analizy Izba uznała zasadność argumentacji zamawiającego co do tego, że odwołujący:

- nie wskazał, z czego wynika i na czym polega unikalny charakter rozwiązań cenotwórczych,
- nie wykazał, że rabaty, jakie uzyskał od dystrybutorów, są wyjątkowe,
- niezasadnie utożsamił sam handlowy czy organizacyjny charakter informacji z tym, że muszą mieć one wartość gospodarczą,
- nie wykazał, jaka szkoda dotknie odwołującego w wypadku odtajnienia informacji,
- nie wykazał, że co do zastrzeżonych informacji faktycznie zachowywana jest poufność.

W szczególności Izba stwierdziła, że pismo odwołującego z 16.02.2020 r., poza wieloma ogólnikami i cytatami z wyroków, zawiera jedynie oświadczenia, które nie zostały poparte szczegółową argumentacją, np. co do tego, z czego wynika wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji, a tym bardziej nie zostały poparte żadnymi dowodami, np. co do zachowania poufności.

W tym miejscu należy także podkreślić, że wykazanie zasadności zastrzeżenia informacji dotyczących ceny oferty, musi mieć miejsce w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia ww. ceny. Zatem jednocześnie ze złożeniem wyjaśnień dotyczących ceny oferty, wykonawca musi wykazać zamawiającemu, że zastrzeżenie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest zasadne w świetle art. 11 ust. 2 uznk. W niniejszej sprawie oznacza to, że wykonawca zobowiązany był już w piśmie z dnia 16.02.2020 r. wykazać zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wskazano powyżej, w ocenie Izby, odwołujący nie wykazał tej zasadności. Natomiast przedstawienie argumentacji czy dowodów w tym zakresie dopiero na rozprawie należy uznać za działania spóźnione, które w tym stanie rzeczy nie podlegają ocenie.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów podniesionych w odwołaniu. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust.

9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....