

WYROK

z dnia 16 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 14 września 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2021 roku przez wykonawcę Perceptus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Centrum e-Zdrowie z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy IT Solutioun Factory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2322/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Perceptus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Perceptus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy Perceptus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze na rzecz Zamawiającego - Centrum e-Zdrowie z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Centrum e-Zdrowie z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Dostawa serwerów.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 kwietnia 2021 roku pod numerem 2021/S 084-214212.

2 sierpnia 2021 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwana dalej „ustawa”, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa serwerów”. Odwołujący zakwestionował, że Zamawiający zaniechał: uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w piśmie IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: IT Solution Factor) z dnia 28.06.2021r., zawierającego wyjaśnienia w zakresie ceny ofertowej; udostępnienia pisma IT Solution Factor z dnia 28.06.2021r. zawierającego wyjaśnienia w zakresie ceny ofertowej, w zakresie w jakim objęte zostało tajemnicą przedsiębiorstwa; odrzucenia oferty w/w wykonawcy; że dokonał wyboru oferty złożonej przez IT Solution Factor jako najkorzystniejszej oraz zaniechał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 1 i 3 ustawy przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w piśmie IT Solution Factor z dnia 28.06.2021r., zawierającego wyjaśnienia w zakresie ceny ofertowej, a w konsekwencji nieudostępnienie Odwołującemu treści tego pisma w zakresie w jakim obejmowało treści zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 16 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez IT Solution Factor choć oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez nieprawidłowe zastosowanie i wybór oferty IT Solution Factor jako najkorzystniejszej choć podlegała ona odrzuceniu, jako zawierająca

rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- 4) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uznania za bezskuteczne zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez IT Solution Factor w piśmie z dnia 28.06.2021r. w przedmiocie rażąco niskiej ceny,
- 2) udostępnienia całej treści pisma IT Solution Factor z dnia 28.06.2021r., zawierającego wyjaśnienia w zakresie ceny ofertowej włącznie z treścią informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,

- 3) unieważnienia czynności wyboru oferty IT Solution Factor jako najkorzystniejszej,
- 4) odrzucenia oferty IT Solution Factor z uwagi na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę,
- 5) dokonanie ponownej oceny ofert,
- 6) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert,
- 7) zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy, albowiem jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania oferty IT Solution Factor. Doszło więc do wypełnienia materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania, o których mowa stawę.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

W zakresie zarzutu nie uznania przez Zamawiającego za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w piśmie IT Solution Factor

z dnia 28.06.2021r., i w konsekwencji odmowy Odwołującemu treści tego pisma w części obejmującej wyjaśnienia w zakresie ceny ofertowej,

Zamawiający pismem z dnia 30.07.2021r. odmówił udostępnienia Odwołującemu pisma IT Solution Factor z dnia 28.06.2021r. dotyczącego wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej, w części w jakiej pismo to zastrzeżone zostało jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to dotyczyło praktycznie całej treści tegoż pisma, z wyłączeniem jedynie wyjaśnień co do tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób błędny odmówił ujawnienia w/w pisma.

Z treści pisma Zamawiającego z dnia 30.07.2021r. nie wynika, aby poddał on jakiegokolwiek weryfikacji prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez IT Solution Factor. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był zbadać czy rzeczywiście Wykonawca sprostął ciężącemu na nim ciężarowi dowodu wykazania, czy informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają definicję legalną tego pojęcia. Brak dostatecznego uzasadnienia przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w zastrzeżeniu informacji. Samo bowiem zastrzeżenie informacji nieoparte konkretnymi wyjaśnieniami oraz dowodami nie może być uznane za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego Zamawiający jedynie z powodu zastrzeżenia przez IT Solution Factor, że wyjaśnienia zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa odmówił ich udostępnienia, natomiast najprawdopodobniej Zamawiający nie poddał badaniu czy spełnione zostały przesłanki umożliwiające dokonanie zastrzeżenia informacji zgodnie z przepisami, w tym samym bezpodstawnie zaniechał ujawnienia treści tych dokumentów.

Zamawiający naruszył art. 18 ust. 1 i 3 ustawy przez ich niewłaściwe zastosowanie albowiem zastrzegający wykonawca nie wykazał (nie udowodnił), że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oczywistym jest bowiem, że nie wystarczy tu jedynie samo oświadczenie wykonawcy. Z treści pisma z dnia 28.06.2021r. - uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa - nie wynika w jakimkolwiek zakresie które konkretnie i z jakich względów informacje/ dowody/ dokumenty/ oświadczenia zawarte w wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawiera ono jedynie przywołanie stanowiska doktryny oraz przepisów prawa polskiego, a także unijnego. Bez jednakowoż konkretyzacji do realiów niniejszej sprawy, poprzestając na ogólnikowych

zapisach dotyczących polityki cenowej, polityki pozyskiwania kontraktów, polityki wewnętrznej je przedsiębiorstwa. Nie przedstawiono wraz z powyższym uzasadnieniem objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek dowodów celem wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Istotnym elementem takiego wykazania (w ślad za definicją zawartą w art. 11 ust. 2. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) jest udowodnienie, że wykonawca podjął (i jakie) działania w celu utrzymania poufności informacji stanowiących w jego ocenie tajemnicę przedsiębiorstwa. Tymczasem w niniejszej sprawie poza listą działań, dowodów nie przedstawiono. Rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisstawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ani gólosłowne zapewnienia. Obowiązek wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa obciąża zastrzegającego je wykonawcę. Uzasadnienie zastrzeżenia ma odnosić się do konkretnych informacji i służyć ma wykazaniu, że te konkretne informacje spełniają wymogi pozwalające utrzymanie ich w tajemnicy. Uzasadnienie takie nie może mieć zatem charakteru ogólnego (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.06.2021r. sygn. akt KIO 1586/21). Tymczasem w oparciu o treść zastrzeżonych informacji nie można powziąć jakiegokolwiek wiedzy na temat choćby unikalności i wyjątkowości elementów cenotwórczych ujawnionych przez wykonawcę. W związku z powyższym, w oparciu o przywołane uzasadnienie, nie można było w żaden sposób wywnioskować, dlaczego przystępujący uważa, że jakakolwiek informacja posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą. Jeśli przystępujący powoływał się na argument co do polityki cenowej, polityki pozyskiwania kontraktów, polityki wewnętrznej je przedsiębiorstwa, to powinien wykazać, że elementy te są unikalne, wyjątkowe, niespotykane i nieznanne innym wykonawcom. Wobec powyższego trudno uznać, że lektura tego rodzaju ogólnych informacji posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Wobec powyższego zdaniem Odwołującego należy uznać, że brak było przesłanek do skorzystania przez Zamawiającego z normy art. 18 ust. 3 ustawy, a wyjaśnienia IT Solution Factor winny zostać ujawnione zgodnie z żądaniem Odwołującego. Wskutek zaniechania uniemożliwiono zapoznanie się z wyjaśnieniami IT Solution Factor celem ich niezależnej weryfikacji oraz złożenia szczegółowych zarzutów co do oceny kwestii rażąco niskiej ceny w kontekście wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, a tym samym doszło do naruszenia art. 16 ustawy albowiem niepodobna mówić w takiej sytuacji o przejrzystości postępowania, skoro Zamawiający stara się ukryć wiedzę, której ujawnienie wykazałoby nieprawidłowość jego postępowania. Doszło do pozbawienia Odwołującego możliwości obrony jego słusznym interesów, w tym uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podał, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis nie może być nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołania:

Zamawiający dokonał w dniu 22.07.2021r. wyboru oferty IT Solution Factor jako najkorzystniejszej. Tymczasem powinna ona zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. Zarzut o rażąco niskiej cenie przejawia się w następujących okolicznościach oraz dowodach:

- a) IT Solution Factor w swej ofercie zaoferowała sprzęt marki HPE
- b) Odwołujący wystąpił do Seven spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, który jest partnerem HPE Enterprise Business Partner o wycenę serwerów stanowiący przedmiot zamówienia, uzyskawszy odpowiedź, iż rynkowa wycena przedmiotu zamówienia wynosi 20 295 615,00 zł brutto.

Dowód: korespondencja email z Panem M. F. z Seven sp. z o. o. wraz z załącznikiem.

c) powyższe oznacza, że cena ofertowa wskazana przez IT Solution Factor jest nierealna

Odwolujący podniósł również, że konsorcjum firm Maxto ITS Sp. z o. o. Sp. Komandytowa oraz Maxto Sp. z o. o. S.K.A., które zaproponowało cenę ofertową zbliżoną do ceny IT Solution Factor (kwota 4 554 923,70 zł.), ostatecznie wezwane do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie złożyło jakichkolwiek wyjaśnień. Tym samym wnioskował, że nie miało jakichkolwiek argumentów aby zarzut rażąco niskiej ceny obalić. Skoro tak, tym bardziej więc winno się wnikliwie przeanalizować wyjaśnienia IT Solution Factor i uznać je za bezpodstawne - zbliżona wysokość cen tego wykonawcy (4 425 964,35 zł.) oraz konsorcjum j.w. (4 554 923,70 zł.) przemawia za rażącym zaniżeniem tej pierwszej. To uprawdopodobnia więc wniosek, że za cenę zaoferowaną przez IT Solution Factor nie jest możliwym realizacja przedmiotu zamówienia.

Powołując się na informację uzyskaną od Seven sp. z o. o. Odwołujący podał, że cena zaoferowana przez IT Solution Factor jest ceną rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia albowiem:

- odbiega i to w sposób znaczny od jego wartości, a rzeczona różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać,
- jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładając wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Odwolujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09). Bez wątpienia cena zaoferowana przez IT Solution Factor odbiega i to w sposób rażący od rynkowych cen zakupu elementów składających się na przedmiot zamówienia. Nie pozwala w żadnym razie na uzyskanie rentowności tej transakcji. Oferta IT Solution Factor winna więc zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy. Brak zastosowania przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy stanowi naruszenie jej przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania. Doszło bowiem wskutek tego zaniechania do wyboru oferty, która wskutek swej wadliwości nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą. W przedmiotowej sprawie oferta IT Solution Factor winna zostać odrzucona, a za najkorzystniejszą winna zostać uznana oferta Odwołującego.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa” lub „Pzp”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 sierpnia 2021 roku od czynności Zamawiającego z dnia 22 lipca 2021 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej,

które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Zamawiającego, Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane w piśmie procesowym Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z dnia 9 września 2021 roku, które wpłynęło do akt sprawy odwoławczej w dniu 9 września 2021 roku.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane w piśmie procesowym Pismo Odwołującego z dnia 13 września 2021 roku, które wpłynęło do akt sprawy odwoławczej w dniu 13 września 2021 roku. Izba dopuściła w poczet materiału dowodnego dokumenty złożone w raz z ww. pismem.

Izba dopuściła dowód z dokumentu przedstawionego przez uczestnika postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy (2 karty). Izba dopuściła dowód z dokumentów załączonych przez Odwołującego do odwołania.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), Załącznik nr 1 Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2 - Zamówienie obejmuje:

- a. Dostawę serwerów opisanych szczegółowo w pkt 3-5.
- b. Montaż, konfigurację i instalację dostarczonych serwerów wraz z oprogramowaniem.

Pismem z dnia 25 czerwca 2021 roku Zamawiający wezwał wykonawcę uczestnika postępowania odwoławczego IT Solutioun Factory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień:

Działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny przez Wykonawcę: IT Solutioun Factory Sp. z o. o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa, za wykonanie całości przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

Wykonawca: IT Solutioun Factory Sp. z o. o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa zaoferował wykonanie całości przedmiotu zamówienia za cenę 4 425 964,35 zł brutto, co oznacza, że oferta zawiera cenę o ponad 30% niższą od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania, która została wyliczona przez Zamawiającego na kwotę 8 859 902,06 zł brutto. Wobec powyższego, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

- 1)) zarządzania procesem produkcji;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw;

- 3) oryginalności dostaw oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający zwraca się w szczególności o przedstawienie:

- 1) sposobu kalkulacji ceny,
- 2) zakładanych kosztów ogólnych;
- 3) przyjętego dla wyceny zysku wykonawcy.

Dodatkowo Zamawiający zawiadamia, że zgodnie z art. 223 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Odpowiedź na powyższe wezwanie należy dostarczyć drogą elektroniczną na adresy e-mail: na adres lub na adres skrzynki ePUAP: /csiozgovpl/SkrytkaESP, w terminie do dnia 2021-07-01.

Za pismem z dnia 28 czerwca 2021 roku wykonawca uczestnik postępowania odwoławczego IT Solutioun Factory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie złożył wyjaśnienia oraz przedstawił stanowisko w sprawie:

Poniżej odpowiadamy na pismo z dnia 25 czerwca 2021 r. dotyczące wyjaśnień zaoferowanej przez nas ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia

I. Tajemnica przedsiębiorstwa

Zgodnie z treścią art. 18 ust. 3 ustawy PZP 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. Zawarte w art. 18 ust. 3 ustawy PZP postanowienie umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji niepodlegających udostępnieniu.

Zgodnie ze stanowiskiem Jerzego Pieroga (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Jerzy Pieróg, wyd. 13, 2015): „Wystarczające dla skuteczności zastrzeżenia jest samo złożenie oświadczenia ze wskazaniem konkretnej części podlegającej temu zastrzeżeniu

(■■■)”

W podobnym tonie wypowiadają się prof. dr hab. Ewa Nowińska i prof. dr hab. Michał du Vall, (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. Ewa

Nowińska i prof. dr hab. Michał du Vall, wyd. 6, 2013): „Dla uruchomienia ochrony wskazanej w komentowanym przepisie (przyt. art. 11 ust. 4 u.z.n.k.) konieczne jest zatem, aby dana informacja była poufna, a więc nieujawniona. W tym celu powinna być odpowiednio zabezpieczona. Nadto informację taką powinna cechować bliżej nieokreślona <<wartość gospodarcza>>.”

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 419, ze zm., dalej: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”) 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.

Aktualne brzmienie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest skutkiem implementacji art. 2 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, w świetle którego tajemnica przedsiębiorstwa oznacza: „informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi:

- a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji;
- b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;
- c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy;”

W motywach dyrektywy wskazano na konieczność przyjęcia jednolitej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. „Należy przyjąć jednolitą definicję tajemnicy przedsiębiorstwa bez ograniczania zakresu ochrony przed przywłaszczeniem. Taka definicja powinna zatem być sformułowana w sposób uwzględniający know-how, informacje handlowe i informacje techniczne w przypadkach, w których istnieje zarówno uzasadniony interes w utrzymaniu poufności, jak i uzasadnione oczekiwanie, że taka poufność zostanie zachowana. Ponadto taki know-how lub informacje powinny mieć rzeczywistą lub potencjalną wartość handlową. Takie informacje lub know-how powinny być uważane za informacje o wartości handlowej wówczas, gdy przykładowo ich bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie lub ujawnianie może spowodować szkody dla interesów osoby, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, szkodząc jej naukowemu lub technicznemu potencjałowi, interesom gospodarczym lub finansowym, pozycji strategicznej lub zdolności do konkurowania.”

Z powyższych motywów dyrektywy jasno wynika, że jednym z celów jej przyjęcia jest rozszerzenie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo ustawodawca europejski w motywach ww. dyrektywy wprost określił jak ważne i wartościowe dla przedsiębiorcy są informacje i know-how, które stanowią o jego rynkowej przewadze konkurencyjnej. Zgodnie z motywem 1 preambuły dyrektywy: „Przedsiębiorstwa i instytuty badawcze o charakterze niekomercyjnym inwestują w pozyskiwanie, opracowywanie i wykorzystywanie know-how i informacji, które są walutą gospodarki opartej na wiedzy oraz zapewniają przewagę konkurencyjną. Inwestycja w tworzenie i wykorzystywanie kapitału intelektualnego jest czynnikiem decydującym dla konkurencyjności i osiągnięć wynikających z innowacyjności na rynku.”

Z kolei w motywie 2 dyrektywy podkreślono jak ogromną wartość ma tajemnica przedsiębiorstwa, skutkiem czego podlegać powinna ona szczególnej ochronie: „Przedsiębiorstwa, niezależnie od ich wielkości, uznają tajemnice przedsiębiorstwa za równie wartościowe jak patenty i inne rodzaje praw własności intelektualnej. Wykorzystują one poufność jako narzędzie zarządzania konkurencyjnością przedsiębiorstw i innowacjami w działalności badawczej, a także do szerokiej gamy informacji, wykraczających poza wiedzę techniczną i dane handlowe, takich jak informacje dotyczące klientów i dostawców, biznesplanów oraz badania i strategię rynkowe. (...) Poprzez ochronę tak szerokiego zakresu know-how i informacji na temat przedsiębiorstwa, bez względu na to, czy równocześnie z prawami własności intelektualnej, czy zamiast tych praw, tajemnice przedsiębiorstwa pozwalają twórcom i innowatorom na czerpanie korzyści z ich twórczości i innowacji, a co za tym idzie są szczególnie ważne zarówno dla konkurencyjności przedsiębiorstw, jak i dla badań i rozwoju oraz osiągnięć wynikających z innowacyjności.”

Aby informacje zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, muszą zostać spełnione następujące przesłanki:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą,
- 2) informacje 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,
- 3) podjęto co do tych informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Pomimo nowelizacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji aktualność zachowuje przywołane w niniejszym piśmie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, tajemnica przedsiębiorcy uległa wzmożonej ochronie, co nie może być pominięte przy ocenie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorcy w świetle ustawy PZP w aktualnym stanie prawnym.

KIO w swym wyroku z dnia 8 października 2010 r. (sygn. akt.: KIO 2079/10), uznała, że: „informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. (...) Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą.”

Zgodnie ze stanowiskiem S. S., (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. Janusz Szwaja, wyd. III, 2013): „Posługiwanie się klauzulami poufności przez dysponenta tajemnicy (przedsiębiorcę) stanowi również dowód dokonania przez przedsiębiorcę niezbędnych działań, które zmierzają do zachowania stanu tajemnicy.”

II. WYKAZANIE PRZESŁANEK, O KTÓRYCH MOWA WART. 11 UST. 2 USTAWY O ZWALCZANIU NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

Informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartości gospodarcze.

IT SOLUTION FACTOR wskazuje, że przedmiotowe wyjaśnienia mają dla Wykonawcy charakter gospodarczo-handlowy oraz organizacyjny przedsiębiorstwa.

Zawierają one szczegółowe informacje na temat stosowanej przez Wykonawcę polityki cenowej, polityki pozyskiwania kontraktów, polityki wewnętrznej jej przedsiębiorstwa. Dodatkowo, pokazują w jaki sposób IT SOLUTION FACTOR organizuje pracę przedsiębiorstwa i jaki model stosuje. W szczególności chodzi tu o sposób organizacji polegający na posiadaniu stałego zespołu pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, podczas gdy generalnie standardem w branży jest zatrudnianie na podstawie innych form zatrudnienia.

W związku z tym, że głównym obszarem działania IT Solution Factor są dostawy oraz usługi wdrożeniowe w zakresie produktów IT, IT Solution Factor stara się podnosić swoje kwalifikacje zarówno jako firma (poprzez posiadanie wysokich statusów partnerskich) jak i kwalifikacje personalne (szkolenie oraz certyfikowanie pracowników firmy). Dzięki wysokim statusom partnerskim (m.in. w HPE) IT Solution Factor jest w stanie otrzymać duże upusty od cen wyjściowych (list price) producentów co ma potwierdzenie w otrzymanej od dystrybutora ofercie.

Na podstawie tych danych inne firmy konkurencyjne mogą powziąć informacje o potencjale Wykonawcy, jego powiązaniach handlowych, sposobie organizacji jego przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania i wszystkich innych elementach, które de facto przesądzają o pozycji rynkowej danego podmiotu. Powyższe informacje to wyraz wiedzy i doświadczenia zdobywanych przez wiele lat funkcjonowania IT SOLUTION FACTOR. Sektor IT jest wysoce konkurencyjny oraz podlega stałemu i dynamicznemu rozwojowi technologicznemu, co powoduje, że podmioty konkurujące ze sobą na tym rynku muszą realnie dbać o swój potencjał konkurencyjny. Stąd oczywistym jest, że w przypadku powzięcia informacji dotyczących stosowanej polityki cenowej, w szczególności kwestii ustalania procentowej marży czy zysku, jak również biznesowego modelu działalności IT SOLUTION FACTOR na rynku, wykonawcy konkurencyjni mogą zacząć stosować podobny model funkcjonowania, próbować podejmować współpracę z producentami, z którymi Spółka współpracuje aktualnie na zasadzie wyłączności, a także pozyskiwać pracowników Spółki, których dane dotyczące

wynagrodzenia zostaną ujawnione, wbrew woli Spółki.

Powyższe informacje to wyraz wiedzy i doświadczenia zdobywanych przez IT SOLUTION FACTOR na rynku. Tym samym przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia stanowią know - how IT SOLUTION FACTOR, wobec czego są informacjami o charakterze technologicznym oraz organizacyjnym przedsiębiorstwa i posiadają dla Wykonawcy ogromną wartość gospodarczą.

Wiedza o ww. zagadnieniach powzięta przez konkurentów Wykonawcy może mieć negatywny wpływ właśnie na ww. pozycję rynkową IT SOLUTION FACTOR, znacznie ją osłabiając (poprzez podkupienie pracowników, bądź firm partnerskich, prowadzących magazyny, próby wywarcia presji związanej z wysokością marży czy zysku, próby nawiązania współpracy z producentem urządzeń), i uniemożliwić Wykonawcy udział w procedurach publicznych i niepublicznych i tym samym zdobywanie kontraktów. Dla większości firm w tym dla Wykonawcy informacja o sposobie budowania strategii finansowej i cenowej jest jednym z najcenniejszych składników know-how.

Ponadto, IT SOLUTION FACTOR z ostrożności podnosi, że pomimo faktu, iż część informacji dotyczących sposobu budowy ceny może być jawnych, to na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ochronie podlega także zbiór informacji jako całość bez względu na możliwość jawności określonych jego elementów.

Takim zbiorem dla Wykonawcy jest sposób budowy ceny oferty. IT SOLUTION FACTOR wskazuje, że zbiór ten stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Tym samym uznać należy, że zastrzeżone informacje bezsprzecznie mają dla IT SOLUTION FACTOR charakter technologiczny, gospodarczy i organizacyjny przedsiębiorstwa.

II. Informacje, 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.

Odnosząc się do drugiej spośród przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazać należy, że wynikają z niej następujące wnioski:

1) ocenie czy mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa podlega informacja jako całość jak i zbiór poszczególnych informacji, gdyż właśnie szczególne, konkretne ich zestawienie i wzajemne powiązania mogą ujawniać potencjał wykonawcy i mieć realną wartość gospodarczą,

2) informacja nie może być powszechnie znana lub łatwo dostępna osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji.

Ad 1) i Ad 2)

Zastrzeżone przez IT SOLUTION FACTOR jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty i oświadczenia nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, w tym w szczególności nie były publicznie ujawniane jako zespół (komplet) informacji, w kształcie i treści tożsamej z przedstawioną w ofercie. Inaczej mówiąc, w takim kształcie nigdy nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Wykonawca podkreśla, iż z uwagi na wskazany powyżej szczególny charakter informacji, zawartych w zastrzeżonych dokumentach, a także okoliczność, że w normalnym toku działania (np. za pośrednictwem Internetu) nie ma możliwości ich odnalezienia (przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że żadne z zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji nie zostaną przez Zamawiającego ujawnione). Ponadto, IT SOLUTION FACTOR ograniczyła dostęp do informacji mających przymiot informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie do niezbędnego grona osób w ramach Wykonawcy.

Jak wynika z orzecznictwa KIO i poglądów doktryny, tajemnica nie traci swojego waloru w przypadku, gdy jest dostępna określonej, limitowanej grupie osób, których wiedza w zakresie zastrzeżonych informacji jest konieczna w celu prawidłowego wykonywania czynności. W związku z tym może się zdarzyć, że stosunkowo szerokie grono osób może posiadać wiedzę dotyczącą określonych informacji, co nie zmienia faktu konieczności zachowania tych danych w poufności w stosunku do innych osób.

Wykonawca ponownie zatem wskazuje, iż zastrzeżone informacje w zaprezentowanej w ofercie formie nigdy w sposób publiczny nie były udostępniane przez IT SOLUTION FACTOR (w szczególności nie były opublikowane np. na stronach internetowych IT SOLUTION FACTOR, czy podmiotów współpracujących z Wykonawcą, a także nie

ustanowiono dla nich publicznego dostępu). Nowelizacja ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji usankcjonowała wyrażany od wielu lat w orzecznictwie obowiązek zamawiającego badania tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do zestawienia i zbioru elementów takiej informacji. Tytułem przykładu należy jedynie wskazać:

1) wyrok Sądu Najwyższego z 22 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/2006 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 sierpnia 2012 r., sygn. akt. Ca 3061/11, w świetle których nawet w sytuacji, gdy poszczególne elementy zbioru informacji są jawne, nie decyduje to o odebraniu przymiotu poufności całemu zespołowi informacji;

2) wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2017 r., sygn. akt. KIO 2421/17, w świetle którego:

„jakkolwiek pojedyncze informacje o parametrach technicznych nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa ale zbiór pojedynczych parametrów już może stanowić informację stanowiącą tajemnicę”.

III. Podjęcie, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności

W celu wykazania istnienia ostatniej ze wskazanych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesłanki, a więc okoliczności, że w stosunku do zastrzeżonej informacji podjęto niezbędne działania w zakresie zachowania jej poufności IT SOLUTION FACTOR wskazuje, że w szczególny sposób zadbała o zachowanie poufności tych informacji, między innymi poprzez:

- 1) zastrzeganie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których Wykonawca bierze udział (a także, w których wcześniej brał udział);
- 2) ograniczenie kręgu osób, które mają dostęp do ww. informacji do niezbędnego minimum obejmującego wyłącznie pracowników Spółki i osoby, które uprzednio podpisały ze Spółką umowę o zachowaniu w poufności tych informacji;
- 3) zamieszczanie we wszelkiej korespondencji związanej z informacjami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym także w korespondencji mailowej, stosownej klauzuli, tytułem przykładu podajemy niżej fragment takiej pojedynczej klauzuli dołączanej w korespondencji między Wykonawcą a Klientami:

IT Solution FACTOR Sp. z o.o. jako twórca i właściciel praw autorskich zastrzega, iż informacje zawarte w niniejszej Ofercie stanowią tajemnicę handlową spółki IT Solution FACTOR Sp. z o.o. a ich bezprawne użycie lub ujawnienie może skutkować pełną odpowiedzialnością za szkodę wyrządzoną spółce IT Solution FACTOR Sp. z o.o. w rozumieniu kodeksu cywilnego oraz Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

IT Solution FACTOR Sp. z o.o. KRS 0000675724

Popularna 4/6, 02-305 Warszawa Sąd Rejonowy dla M. St. Warszawy

XIII Wydział Gospodarczy KRS

Kapitał zakładowy: 100 000 zł

4) zabezpieczanie na serwerze Spółki informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa hasłem dostępu;

5) zobowiązanie pracowników Spółki oraz osób, z którymi Spółka współpracuje na podstawie umów cywilnoprawnych, do zachowania w poufności informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa;

6) cykliczne przypominanie pracownikom Spółki o treści art. 100 § 2 pkt 4 i 5 Kodeksu pracy, zgodnie z którym pracownik jest obowiązany w szczególności: dbać o dobro zakładu pracy, chronić jego mienie oraz zachować w tajemnicy informacje, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę, a także - przestrzegać tajemnicy określonej w odrębnych przepisach;

7) cykliczne przypominanie osobom współpracującym ze Spółką na podstawie umów cywilnoprawnych o celu zawartych umów, a także o tym, iż „ważne powody” wypowiedzenia umowy zlecenia w rozumieniu art. 746 § 1 Kodeksu cywilnego, to przede wszystkim utrata zaufania potrzebnego do dalszego wykonywania świadczenia oraz działania, które tą utratę zaufania uzasadniają, do umów wprowadzono postanowienia o obowiązku zachowania

poufności pod rygorem zapłaty kary; umownej; za naruszenie;

- 8) wprowadzenie w Spółce wewnętrznej procedury przetwarzania informacji objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” regulującej w szczególności katalog informacji poufnych jak i stosowane przez Spółkę sposoby ich zabezpieczenia;
- 9) wprowadzenie zakazu używania poczty służbowej i komputerów przenośnych do innych celów niż służbowe;
- 10) przechowywanie dokumentów zawierających informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w wydzielonych pomieszczeniach;
- 11) cykliczne szkolenia pracowników oraz osób, z którymi Spółka współpracuje, z wewnętrznych procedur obejmujących zasady postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 12) ustanowienie wysokich kar umownych za naruszenie klauzul dotyczących poufności w umowach z podmiotami trzecimi;
- 13) zabezpieczenie serwerów Spółki przed nieuprawnionym pozyskaniem danych z zewnątrz;
- 14) instalacja oprogramowania antywirusowego, systemów typu firewall i odpowiedniej konfiguracji aktualizacji oprogramowania na każdym stanowisku pracy związanym z dostępem do informacji posiadanych przez Spółkę;
- 15) okresowy audyt systemów i procedur bezpieczeństwa.

Katalog podejmowanych działań, które Spółka podjęła w celu ochrony poufności informacji jest ciągle rozbudowany i wielopłaszczyznowy, a ich wspólnym celem jest kompleksowa ochrona i zachowanie w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto, już same informacje (jak w punktach 1) - 15) o podejmowanych przez Wykonawcę działaniach mogą wskazywać konkurentom na rynku, w jaki sposób, jak drobiazgowo, szczegółowo i kompleksowo IT SOLUTION FACTOR chroni informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Stąd też tak istotne jest dla Wykonawcy, aby wszystkie informacje zawarte w treści pisma pozostały zastrzeżone i nie były udostępniane podmiotom trzecim.

Jednocześnie należy wskazać, że w literaturze przedmiotu należyta staranność przedsiębiorcy nie jest interpretowana jako staranność absolutna, gdyż: „sam fakt prowadzenia działalności gospodarczej przez dłużnika określać będzie uzasadnione oczekiwania kontrahenta i w konsekwencji miary wymaganej staranności, co nie oznacza, że chodzi tu o jakieś wyjątkowe miary staranności, które odbiegają od samego ujęcia kryterium należytej staranności w stosunkach cywilnoprawnych.” (Komentarz, Tom I, wyd. 9, pod red. K. Pietrzykowski, Legalis 2018)

Mając na uwadze zaprezentowane wyjaśnienia, poparte konkretną argumentacją odnoszącą się do specyficznej sytuacji IT SOLUTION FACTOR, Wykonawca wskazuje, iż w przedmiotowej sprawie bezspornie zaistniały wszystkie trzy przesłanki wymienione w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zastrzeżone przez IT SOLUTION FACTOR jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje należy taktować jako niejawne. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 1 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2377/17: „w świetle art. 8 ust. 3 ustawy zamawiający nie jest zobowiązany, a wręcz nie jest uprawniony do udostępniania informacji stanowiących skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa - zasada jawności protokołu wraz z załącznikami wyrażona w ustawie w tym zakresie doznaje ograniczenia.” Dodatkowo, IT SOLUTION FACTOR przypomina, iż także na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jednolity: Dz. U. 2018 poz. 1330 ze zm.) udostępnienie zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji nie jest możliwe, ponieważ zgodnie z ww. przepisem prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Stanowisko to potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 17 lipca 2013 r. w sprawie o sygn. akt: I OSK 608/13: „Skutkiem objęcia oferty, złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, jest związanie tą klauzulą zamawiającego, który działając w charakterze podmiotu zobowiązanego do udzielenia informacji publicznej, nie ma innej możliwości niż odmówić udostępnienia dokumentów. Nie mogą wywołać zamierzonego skutku próby dowodzenia, czy to we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, czy to w skardze do sądu administracyjnego, że oferta nie zawiera rozwiązań świadczących o jej unikalności przez co brak podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.”

Podsumowanie i uzasadnienie zastrzeżenia przedmiotowego pisma jako tajemnicy

przedsiębiorstwa.

Wykonawca wskazuje, że aby skutecznie objąć ochroną prawną określony zakres informacji istotnych dla wykonawcy, konieczne jest wyłączenie takich danych z publicznej jawności, m.in. poprzez podjęcie działań, które będą zmierzały do zachowania tych informacji w poufności. Na tajemnicę przedsiębiorstwa będą się więc składały takie informacje dotyczące wykonawcy, których przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie albo nabycie od osoby nieuprawnionej zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy. IT SOLUTION FACTOR podkreśla, że warunkiem respektowania tajemnicy przedsiębiorstwa jest uprzednie złożenie w odniesieniu do konkretnych informacji zastrzeżenia, że nie mogą być one ogólnie udostępnione. W przedmiotowej sprawie, jak wskazano w niniejszym piśmie, Spółka podjęła wszelkie konieczne działania, mające na celu ochronę zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, lecz również wykazała ich szczególny charakter i wagę dla IT SOLUTION FACTOR.

Jedynie na marginesie Wykonawca zauważa, że podziela pogląd wyrażony przez doktrynę pogląd (Paweł Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, Legalis 2012), zgodnie z którym: „(...) nie jest możliwe enumeratywne wyliczenie informacji, które mogą na gruncie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa”. Kluczowe więc dla oceny, czy dana informacja ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa jest jej ocena przez pryzmat okoliczności towarzyszących danemu wykonawcy. W przedmiotowej sprawie bezspornie zaistniały wszystkie trzy przesłanki wymienione w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje należy traktować jako niejawne, co IT SOLUTION FACTOR wykazała w treści niniejszego pisma. Niezależnie od powyższego, IT SOLUTION FACTOR wskazuje, iż naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa będzie stanowiło naruszenie słuszných i prawnie chronionych interesów Spółki, a tym samym będzie prowadzić do odpowiedzialności odszkodowawczej. Wszystkie informacje oznaczone przez Spółkę, jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały przez nią zabezpieczone w należyty sposób przed powszechnym dostępem do nich. Żadna z tych informacji nie była opublikowana i nie ustanowiono dla niej publicznego dostępu. Niezależnie od powyższych okoliczności IT SOLUTION FACTOR wskazuje, że z uwagi na szczegółowy charakter przedmiotowych wyjaśnień oraz zawarte w nich informacje o ogromnym znaczeniu dla Wykonawcy, utajnia załącznik do tego pisma wraz ze wszelkimi załącznikami, jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca jeszcze raz podkreśla, że wszystkie informacje oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały zabezpieczone w należyty sposób przed ich publicznym ujawnieniem. IT SOLUTION FACTOR nie wyraża zgody na ich upublicznienie przez Zamawiającego.

Izba zważyła:

Izba ustaliła, że Odwołujący wykazał wypełnienie łącznie przesłanek z art. 505 ust 1 nowej ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w piśmie IT Solution Factor z dnia 28 czerwca 2021r., zawierającego wyjaśnienia w zakresie ceny ofertowej, a w konsekwencji nieudostępnienie Odwołującemu treści tego pisma w zakresie w jakim obejmowało treści zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, - Izba zarzut uznała za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa, jednocześnie zaznacza, że z uwagi na argumentację uzasadnienia rozpoznania zarzutu odwołania określone podstawy prawne będą również wskazywane w uzasadnieniu:

Zgodnie z art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

W oparciu o 18 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Art. 22 ust. 1 pkt 8 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 239 ust. 2 ustawy - Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Art. 506 ust. 1 ustawy - Postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim.

Art. 506 ust. 2 ustawy - Wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach Izba może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego.

Art. 516 ust. 1 - Odwołanie zawiera: (...) 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Art. 537 ustawy - Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Art. 534 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Art. 542 ust. 1 ustawy - Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 8 października 2020 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) - 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.

W ocenie Izby podniesiony przez Odwołującego zarzut i argumentacja jaką wykonawca Odwołujący przedstawia nie dowodzi, że wykonawca IT Solutiun Factory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: uczestnik postępowania odwoławczego / IT) nie przedstawił prawidłowego uzasadnienia dla wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie dotyczącej wyjaśnienia zaoferowanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia ceny oferty.

Izba podkreśla w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, co oznacza, że postępowanie to jest postępowaniem spornym. Wywołanie postępowania odwoławczego następuje, przez złożenie odwołania, które zgodnie z obowiązującymi przepisami ma zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Oznacza to, że w przypadku wnoszenia odwołania wykonawca obowiązany jest przedstawić taką argumentację, która będzie potwierdzała wskazane przez niego naruszenia przepisów prawa. Istotnym jest, że za niewystarczające należy uznać podanie w odwołanie ogólnych stwierdzeń, argumentacji zapożyczonych z cytowanych orzeczeń wprost bądź nawet bez wskazania źródła czy też cytowania stanowisk doktryny. Oczywiście odnotowanie w odwołaniu również stanowiska piśmiennictwa czy orzecznictwa w danej tematyce nie jest działaniem nieprawidłowym, jednakże nie zastępuje ono argumentacji faktycznej Odwołującego. Po stronie Odwołującego pozostaje obowiązek wskazania argumentacji nakierowanej na kwestionowanie dane działania bądź zaniechania Zamawiającego w tym konkretnym postępowaniu odwoławczym - oznacza to, że argumentacja Odwołującego musi być skonkretyzowana i powiązana z danym postępowaniem. Taki stan rzeczy niezmiennie znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, a dotychczasowy dorobek orzeczniczy pozostaje aktualny w obliczu obowiązującej od 1 stycznia 2021 roku ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych. Istota kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego, jak również każdego innego postępowania kontrydiktoryjnego, zawiera się w ograniczeniu roli organu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. Wymaga podkreślenia, że niezmiennie to Odwołujący wyznacza zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, określa jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów. Natomiast brak uzasadnienia i wskazania wszystkich wymaganych elementów uniemożliwia rozpoznanie odwołania w podnoszonym zakresie wskazanych naruszeń podstaw prawnych. W Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych również podtrzymano dotychczasowo wypracowane stanowisko i podano, że „zarzuty powinny być precyzyjnie uzasadnione, tak aby nie było wątpliwości co do ich treści. Nieprecyzyjne, ogólne wskazanie przepisu lub okoliczności nie tworzy prawidłowego zarzutu. W ramach zarzutu mieszczą się zarówno okoliczności prawne, jak i okoliczności faktyczne, które wskazują na nieprawidłowość kwestionowanego działania lub zaniechania zamawiającego, które stanowią podstawę zgłaszanego w odwołaniu żądania.” (komentarz do art. 516 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Pozostaje aktualne tym samym, stanowiąc w zasadzie wartość uniwersalną z poziomu oceny podnoszonego środka zaskarżenia w postępowaniu odwoławczym, stanowisko wskazane w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”

Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były

zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (.) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (.) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd cegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

W rozpoznawanej sprawie odwoławczej zakres argumentacji faktycznej odwołania jest ogólny i nie zawiera odniesienia do żadnego elementu przedstawionego przez IT zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie wskazuje, dlaczego twierdzi, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez IT i złożone za pismem z dnia 28 czerwca 2021 roku nie spełnia ustawowych przesłanek.

Odwołujący kwestionując brak udowodnienia podjęcia działań mających na celu utrzymanie poufności danych stanowiących w ocenie IT tajemnicę przedsiębiorstwa nie wskazuje jakich działań winien był obowiązywać podjąć IT aby taką okoliczność udowodnić. Samo odniesienie się do braku nie jest wystarczające do tego, aby twierdzić że działania takie nie zostały podjęte. Podnoszone wskazanie, że poza listą działań - a taka w zastrzeżeniach się znajduje - wykonawca IT dowodów nie przedstawił, potwierdza w ocenie Izby, że po pierwsze odwołujący nie kwestionuje samego charakteru wskazanych podjętych działań i znaczenia tych działań przy utrzymaniu tajemnicy przedsiębiorstwa, co potwierdza, że działania takie są prawidłowymi. Po drugie, Odwołujący odnosi się do braku przedstawienia dowodów w tym zakresie, jednakże w żaden sposób nie wyjaśnia dlaczego jedynie przedstawienie dowodów w tym zakresie potwierdzałoby zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Stanowisko Odwołującego w tym zakresie jest wzajemnie sprzeczne, bowiem nie kwestionując zakresu wskazanych, a podjętych przez IT czynności enumeratywnie wyliczonych w zastrzeżeniu w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przedstawionych informacji jednocześnie w kolejnych zdaniach stwierdza, że uzasadnienie nie może sprowadzać się jedynie do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W obliczu takiej argumentacji, oraz braku argumentacji co do konieczności przedstawiania dowodów Izba uznała stanowisko Odwołującego za niezasadne. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - 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. Odwołujący pominął w swoim stanowisku odniesienie się do tego jakie faktycznie przesłanki, do których się odwołuje, a które zawarte są w podnoszonym przepisie prawa nie zostały wykazane. Izba nie poszukuje argumentacji za Odwołującego, Izba dokonuje jedynie oceny zasadności

podniesionej argumentacji co do podjętych przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby brak argumentacji Odwołującego powoduje, że na podstawie stwierdzenia o tak ogromnym poziomie ogólności nie sposób uznać czynności Zamawiającego za nieprawidłową.

Izba za niezasadne uznaje również stanowisko Odwołującego co do braku wskazania przez IT jakie „informacje/ dowody / dokumenty / oświadczenia” i w jakim zakresie i z jakich powodów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ogólnikowość tego stanowiska Odwołującego jest tak duża, że nie sposób uznać jednoznacznie o co też Odwołującemu chodziło. Z pisma IT z 28 czerwca 2021 roku jednoznacznie bowiem wynika, że utajnia załącznik do tego pisma wraz ze wszelkimi załącznikami. Wykonawca IT wskazał zatem jednoznacznie jakie oświadczenia / dokumenty / dowody obejmuje tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący w kolejnych zdaniach wydaje się odnosi do argumentacji uzasadniającej zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wskazując na „ogólnikowych zapisach dotyczących polityki cenowej, polityki pozyskiwania kontraktów, polityki wewnętrznej jej przedsiębiorstwa”. Nie sposób ocenić czy to stanowisko to argumentacja dla wcześniej podanej argumentacji Odwołującego czy też odrębna, jedno w ocenie Izby jest oczywiste, a mianowicie poziom ogólności stanowiska Odwołującego powoduje, że jedynym możliwym jest stwierdzenie, że argumentacja ta jest bezzasadna.

Odwołujący nie wyjaśnił i nie podał dlaczego uważa, że Zamawiający nie dokonał analizy i badania zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionych przez IT oraz nie wykazał dlaczego uważa, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez IT jest niewystarczające. Nie stanowi bowiem takiego uzasadnienia tak bardzo ogólna argumentacja i cytowanie orzeczeń Izby.

Izba podkreśla, że uzupełnianie stanowiska Odwołującego na rozprawie czy w piśmie procesowym polegające na wskazywaniu bardziej skonkretyzowanej argumentacji, nakierowanej na dokonaną ocenę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynioną przez wykonawcę IT, stanowi w ocenie Izby nową argumentację. Brak wskazania takiego stanowiska w odwołaniu nie może być poczytywane na tym etapie postępowania inaczej niż rozszerzenie argumentacji, która po upływie terminu na wniesienie odwołania jest niedopuszczalna i nie może zostać uwzględniona przez Izbę przy ocenie zasadności podnoszonego zarzutu. Dowodzi tego chociażby to, że dopiero na etapie pisma procesowego i stanowiska prezentowanego w trakcie rozprawy dochodzi w zasadzie do podania jakichkolwiek okoliczności, które miałyby uzasadniać stanowisko Odwołującego. Nie sposób zgodzić się również z twierdzenia Odwołującego z rozprawy, że argumentacja prezentowana w piśmie procesowym i na rozprawie ma swoje umocowanie w odwołaniu i znajduje uzasadnienie w „twierdzeniach zawartych w odwołaniu a referujących do ogólności złożonych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa”. Przyjęcie takiego sposobu jaki proponuje Odwołujący sprowadzałoby się do uznania, że argumentację jednostkową odnoszącą się szczegółowo do konkretnego dokumentu, można budować dopiero na etapie rozprawy, a wystarczające jest wskazanie w odwołaniu ogólnych twierdzeń opartych na obowiązujących przepisach i dotychczasowych orzeczeniach - co w świetle obowiązujących regulacji prawnych jest niedopuszczalne. Każdy wykonawca i Zamawiający mają prawo zapoznać się ze stanowiskiem Odwołującego, które jest prezentowane w odwołaniu, natomiast argumentacja jaka podnoszona jest w trakcie rozprawy to uzasadnienie tego stanowiska, a nie budowanie szczegółowej argumentacji jaka nie została zawarta w uzasadnieniu dowodzenia - tym samym nie była znana Zamawiającemu i uczestnikowi postępowania.

Wymaga odnotowania, że Odwołującemu znana była treść złożonego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i miał on możliwość, a budując zarzut odwołania a w zasadzie obowiązek, odniesienia się do przedstawionego uzasadnienia w sposób potwierdzający dlaczego elementy uzasadniające zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełniają w ocenie Odwołującego „wykazania” zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżonych elementów. Ogólne odniesienie się do przedstawionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie dowodzi w żaden sposób, że czynność oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonana przez Zamawiającego był nieprawidłowa. Brak należytej argumentacji w zakresie podnoszonego zarzutu odwołania potwierdza również pismo procesowe Odwołującego, które jest dużo bardziej precyzyjne i odnosi się do poszczególnych elementów złożonych zastrzeżeń przez IT. Przy czym Izba nie może rozszerzać stanowiska Odwołującego wyrażonego w odwołaniu przez przyjęcie stanowiska zawartego w piśmie procesowym, które niż zostało złożone w terminie na wniesienie odwołania.

W zakresie zarzutu 2 naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 16 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez IT Solution Factor choć oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że IT był uczestnikiem postępowania odwoławczego tym samym, zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywał na tym właśnie wykonawcy. Przy czym ten obowiązek dowodzenia, stanowiący swoiste odwrócenie ciężaru dowodu, dotyczy etapu postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą. Fakt takiego ukształtowania obowiązku dowodowego nie zwalnia wykonawcy Odwołującego z obowiązku dopełnienia wszystkich wymagań na etapie wnoszenia odwołania. Na podstawie art. 542 ust. 1 ustawy Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

Izba dokonawszy oceny argumentacji i dowodów dołączonych do odwołania i do pisma procesowego Odwołującego uznała, że nie wykazał on aby cena zaoferowana przez Odwołującego była ceną rażąco niską. Przedstawiona przez Odwołującego korespondencja i wycena pochodząca od firmy SEVEN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej:

SEVEN) dowodzi w ocenie Izby jedynie tego, że oferta handlowa od Hewlett Packard Enterprise (dalej: HP) wycenił przedmiot wskazany przez Odwołującego w zapytaniu na wartość netto: 16 500 500,00 zł wartość brutto: 20 295 615,00 zł. Z dokumentu nie wynika nic ponad dokonanie tej wyceny na rzecz Odwołującego. Co ważne z przedmiotowego zapytania o wycenę pochodzącego od Odwołującego w sposób jednoznaczny wynika, że Odwołujący zwracając się do SEVEN jako partnera HP miał świadomość tego, że posiada on tytuł partnera Enterprise Business Partner. Istotność tej informacji wyjaśnił w trakcie rozprawy IT tłumacząc, że różni partnerzy HP mają / mogą mieć różne tytuły partnerskie. Na podstawie dowodu przedstawionego w trakcie rozprawy przez IT Izba stwierdziła, że istnieją różne tytuły partnerskie HP od najniższego Business, przez Silver, Gold, aż po najwyższy Platinum. Najwyższy poziom partnerski wiąże się z określonymi przywilejami ale również kosztami z opłaty członkowskiej, co wynika z przedstawionego dowodu. Przy czym istotnym w tym miejscu jest fakt, że poziom Platinum zapewnia także „globalne wspólne wejście na rynek”, co jak wyjaśnił IT stanowi także możliwość pozyskania upustów cenowych na oferowany sprzęt. Fakt ten potwierdza również przedstawiona za pismem z dnia 28 czerwca 2021 roku Zamawiającemu, wskazana na rozprawie przez IT oferta dystrybucji.

W odniesieniu do dokumentu przedstawionego przez Odwołującego przy piśmie procesowym tj. oferty określonej jako „Sprzedawca A AB S.A. (...), Sprzedawca B HP OP - EMEA Value, SEVEN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”, Izba po pierwsze uznała za przyznane przez IT, zgodnie z twierdzeniem IT, że HP ma cztery kanały dystrybucji i AB spółka akcyjna jest jednym z dystrybutorów - przy czym Izba stwierdziła, że z przedstawionego przez Odwołującego dokumentu nie wynika w żaden sposób kiedy ta oferta została przedstawiona ww. sprzedawcom oraz brak podania w tej ofercie cen projektowych („ceny projektowe w takiej ofercie to określenie procentowego upustu od cen standardowych”). Dodatkowo w ocenie Izby uprawnione jest w tym miejscu twierdzenie, że skoro SEVEN oraz AB S.A. otrzymują taką samą ofertę, to oznacza to, że mają te podmioty taki sam poziom partnerstwa z HP tj. Enterprise Business Partner - czyli najniższy. W ocenie Izby, podobnie jak powyżej dowód ten potwierdza jedynie tyle, że taką ofertę HP przedstawił wyżej wymieniony sprzedawcom. Nie potwierdza natomiast w żaden sposób, że jedynie ceny uzyskane przez tych sprzedawców od HP stanowią jedyne ceny jakie można uzyskać od HP. Izba dodaje w tym miejscu, że tytuł partnera Enterprise Business Partner nie daje podmiotowi możliwości uzyskania takich upustów jak poziom partnerstwa Platinum. Izba stwierdziła, że w swoim stanowisku wyrażonym na rozprawie Odwołujący choć kwestionował, że z przedstawionego na rozprawie przez IT dowodu „nie wynika, że im wyższy stopień partnerstwa tym większy poziom rabatu”, to jednocześnie przyznał SEVEN na niższy poziom partnerstwa. W ocenie Izby wynika ze złożonego dowodu, że różne poziomy partnerstwa wiążą się ze zróżnicowanymi opłatami członkowskim począwszy od bezpłatnego członkostwa (Enterprise Business Partner) po najbardziej kosztowne członkostwo Platinum, a co za tym idzie najszerszym katalogiem uprzywilejowania dla takiego partnera.

W odniesieniu do przedstawionego za pismem procesowym przez Odwołującego dowodu „Potwierdzenie wzrostu cen procesorów” słusznie dostrzegł w trakcie rozprawy IT, że dokument ten w swej kluczowej dla argumentacji Odwołującego części został złożony w języku obcym, bez załączonego tłumaczenia. Zgodnie z art. 506 ust. 1 ustawy postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim, natomiast na podstawie ust. 2 ww. przepisu wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały

sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach Izba może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego. Brak przedstawienia tego dowodu z tłumaczeniem na język polski, w części jaka nie została przetłumaczona nie może być brany przez Izbę pod uwagę przy dokonywaniu oceny w zakresie podnoszonego zarzutu odwołania. Fakt dopuszczenia przez Izbę dowodu w trakcie rozprawy nie zmienia okoliczności, że nie może być on w sprawie oceniony.

W odniesieniu do Raportu o danych finansowych IT Izba dostrzegła, że raport ten złożony jest na potwierdzenie zarzutu odwołania odnoszącego się do wskazania rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez IT, jednakże w odniesieniu do okoliczności faktycznych mających uzasadniać stanowisko Odwołującego niepodnoszonych w odwołaniu. W uzasadnieniu odwołania brak jest bowiem argumentacji odnoszącej się do sprawozdań finansowych IT oraz kosztów działalności operacyjnej tego podmiotu. Tym samym argumentacja podnoszona przez Odwołującego na rozprawie oraz w piśmie procesowym (punkt 5 i następne) stanowi w ocenie Izby nową argumentację nieznaną i nieujawnioną w czasie na skuteczne złożenie odwołania. Tym samym Izba nie może tej argumentacji poddać pod rozpoznanie, bowiem w przeciwnym wypadku dopuściłaby do niezgodnej z prawem możliwości przedstawienia argumentacji faktycznej zarzutu po upływie terminu na wniesienie odwołania. W tym zakresie Izba przywołuje stanowisko wyrażone przy rozpoznaniu zarzutu nr 1 oraz uznaje je za zasadne w tym miejscu, przy czym poprzestanie na odwołaniu do wskazanej tam argumentacji prawnej nie powielając jej ponownie w tym miejscu uzasadnia.

Wymaga również wskazania, że odwołanie się do cen i zależności gospodarczych konkurującego o zamówienie wykonawcy (konsorcjum), jednocześnie mając na uwadze, że wykonawca ten oferuje sprzęt innego producenta nie uzasadnia w ocenie Izby w żaden sposób, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska jak również, że te same zależności gospodarcze będą miały czy też mają znaczenie w wycenie oferty IT. Odwołujący wskazywał na opóźnienia w dostawach, które stały się przyczyną nieskładania wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny przez konsorcjum, jednakże w żaden sposób nie wykazał, że takie przyczyny zaistnieją również po stronie IT. Izba podkreśla w tym miejscu, że Odwołujący zaoferował tak sam sprzęt jak i trzeci wykonawca - konsorcjum, przy czym nie jest to sprzęt HP, a pochodzący od innego producenta.

W ocenie Izby IT udźwignął ciężar dowodu odwołując się do dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a przedstawionych Zamawiającemu przy piśmie z dnia 28 czerwca 2021 roku. Izba stwierdziła, że dokumenty te potwierdzają realność zaoferowanej ceny w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutów 3 i 4 tj. naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez

nieprawidłowe zastosowanie i wybór oferty IT Solution Factor jako najkorzystniejszej choć podlegała ona odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz art. 239 ust. 1 i 2 ustawy poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu - Izba zarzuty uznała za niezasadne.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, a w oparciu o ust. 2 najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawaniu sprawy odwołanie okazało się niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b oraz § 9 pkt 2 i § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: