

WYROK

z dnia 30 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 28 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę Inergo Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul.

Odrowąza 15 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - InnoBaltica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Równa 19/21

przy udziale wykonawcy FB Serwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2346/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Inergo Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Odrowąza 15 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Inergo Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Odrowąza 15 tytułem wpisu od odwołania.

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 2021 r., poz. 1129 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:.....

Sygn. akt KIO 2346/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na zaprojektowanie i wykonanie instalacji zasilających i punktów końcowych tych instalacji na obiektach kolejowych zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 maja 2021 r. numer 2021/BZP 00062490.

W dniu 30 lipca 2021 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania, a w dniu 2 sierpnia 2021 r. poinformował, że nie udostępni wyjaśnień FB Serwis spółka akcyjna w zakresie rażąco niskiej ceny, z uwagi na skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 4 sierpnia odwołanie wniósł Inergo Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 sierpnia 2021 r. udzielonego przez członka zarządu i prezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 4 sierpnia 2021 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: „uznk”) przez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do tych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „FB Serwis”), mimo że zastrzeżone przez niego informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty FB Serwis jako najkorzystniejszej;

2. odtajnienia i udostępnienia odwołującemu dokumentów objętych przez FB Serwis ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez FB Serwis;

3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu. Jak wynika z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferta złożona przez odwołującego plasuje się na drugim miejscu rankingu ofert pod kątem ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż zaniechanie ujawnienia zastrzeżonych dokumentów uniemożliwia wykonawcy zapoznanie się i weryfikację złożonych przez FB Serwis wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym, odwołujący został pozbawiony możliwości sformułowania i postawienia zarzutów kwestionujących treść złożonych wyjaśnień ceny, mimo iż poziom ceny ofertowej wykonawcy FB Serwis wskazuje na brak rzetelności wyceny i zaferowanie ceny rażąco niskiej.

Skuteczność wykazania interesu we wniesieniu odwołania w przypadku bezzasadności utajnienia dokumentów, potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w wyroku z dnia 24 listopada 2015 r, sygn. KIO 2446/15.

Odwołujący podał, że w postępowaniu złożono trzy oferty, zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 21 czerwca 2021 r.:

- FB Serwis S.A. - 7 661 402,78 zł brutto (w tym wartość opcji: 347 760,36 zł)

- Innergo Systems sp. z o.o.-12 902 700,00 zł (w tym wartość opcji: 843 804,60 zł)

- Konsorcjum: AJM sp. z o.o. i Microsystems sp. z o.o. - 13 310 076,00zł (wartość opcji: 123,00 zł)

Kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 12 546 000,00 zł brutto.

Wobec tak rażącej różnicy w wycenie oferty złożonej przez FB Serwis S.A., zarówno w stosunku do budżetu oszacowanego przez zamawiającego, jak i w odniesieniu do ofert konkurencyjnych, zamawiający w dniu 23.06.2021 r. wystosował do FB Serwis wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy do udzielenia wyjaśnień w zakresie zaferowanej ceny. Wykonawca został wezwany do przedstawienia szczegółowych wyliczeń i dowodów na ich potwierdzenie. Zgodnie z art. 223 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy wezwanym do udzielenia wyjaśnień.

Wyjaśnienia te, a także załączniki do nich oraz uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ich dotyczące nie zostały udostępnione odwołującemu. W odpowiedzi na jego wniosek, w dniu 2.08.2021 r., zamawiający poinformował, że: „nie ujawnia informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, co do których wykonawca je składający tj. FB Serwis S.A. zastrzegł, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, a zamawiający uznał je za skutecznie zastrzeżone.

W rezultacie, odwołującemu nie udostępniono żadnego dokumentu ani nawet jakiegokolwiek części informacji złożonych przez FB Serwis w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień ceny, tak również - odwołujący nie otrzymał treści uzasadnienia wykazującego zasadność zastrzeżenia przez FB Serwis składanych wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Działanie zamawiającego jest nieprawidłowe, gdyż pozbawiło odwołującego jakiegokolwiek możliwości weryfikacji czynności zamawiającego w postępowaniu, zarówno w odniesieniu do oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i badania rzetelności zaoficerowanej przez FB Serwis ceny. Brak udostępnienia jakichkolwiek informacji uniemożliwia sformułowanie podstaw faktycznych zarzutów i odniesienie się do twierdzeń i okoliczności podawanych przez FB Serwis. Przy czym według odwołującego, nieprawdopodobnym jest, aby całość złożonych dokumentów/informacji wyczerpywała przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, szczególnie w przypadku uzasadnienia wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy, którym trudno przypisać charakter informacji o charakterze poufnym, posiadających wartość gospodarczą. Takie działanie zamawiającego w istotny sposób podaje w wątpliwość rzetelność przeprowadzonego przez niego badania oferty FB Serwis, zarówno w zakresie zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i wykazywania przez wykonawcę braku rażąco niskiego charakteru zaoficerowanej ceny.

Odwołujący zakłada przy tym, skoro zastrzeżenie zostało uznane przez zamawiającego za skuteczne, iż FB Serwis przedstawiło wymagane zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy uzasadnienie w przedmiotowym zakresie, wykazujące zasadność zachowania poufności składanych informacji. Uzasadnienie takie, poparte stosownymi dowodami powinno zostać przedstawione wraz z przekazywanymi informacjami - jego ewentualny brak jednoznacznie potwierdza zasadność zarzutów odwołania, gdyż ciężar w zakresie wykazania zasadności zastrzeżenia spoczywa na wykonawcy i zamawiający nie może zastąpić go w wypełnieniu przedmiotowego obowiązku.

Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy, zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy - poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeżonych informacji.

Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na zamawiającym, który zgodnie z art. 18 ust. 1-3, jak również art. 16 ustawy, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z poglądami doktryny: „W orzecznictwie KIO ugruntowało się stanowisko, że wymóg wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oznacza, że nie składając wyjaśnień, a także w niezbędnym zakresie stosownych dowodów wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z ochrony informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 ZNKU (tak wyr. KIO z 28.4.2016 r.: KIO 545/16, Legalis; KIO 563/16, Legalis oraz z 3.4.2015 r., KIO 561/15, Legalis; z 28.8.2015 r., KIO 1730/15, Legalis). Pogląd ten znajduje także odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów powszechnych zob. wyr. SO w Przemysłu z 11.5.2015 r., I Ca 131/15, niepubl. ” (M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 6, 2018 r.).

Stanowisko to zostało potwierdzone w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej : wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2016 r., wyrok Krajowej Izby Odwoław-

czej z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 291/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2475/16

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.

Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

b) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

c) podjęto w stosunku do niej działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zastrzeżenie przez FB Serwis całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienia w tym zakresie jest bezpodstawne.

Z całą pewnością nie wszystkie informacje objęte wyjaśnieniami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - wobec czego tak dokonane zastrzeżenie poufności jest działaniem bezpodstawnym. Działanie to jednocześnie faworyzuje FB Serwis, bowiem niemożność zapoznania się przez odwołującego z treścią złożonych wyjaśnień znacząco utrudnia chociażby weryfikację poprawności działań zamawiającego dotyczących oceny złożonych wyjaśnień i wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący powołał wyrok z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 242/17.

Ża nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie całości dokumentu, w sytuacji, gdy może on zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w jego treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 uznk. Ujawnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, słowa/wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy. Tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1229/15.

W świetle powyższego, zamawiający powinien, co najwyżej zastrzec wybrane elementy z wyjaśnień rażąco niskiej ceny FB Serwis, o ile faktycznie znajdują się w nich dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca objął je skutecznym i konkretnym uzasadnieniem. Przykładowo, brak jest podstaw do objęcia tajemnicą ogólnych twierdzeń odnoszących standardowo przez wykonawców w tego typu wyjaśnieniach, przytoczonego stanowiska doktryny czy orzecznictwa. Ujawnienie całości wyjaśnień jest zdecydowanie zbyt daleko idącym działaniem ze strony zamawiającego zwłaszcza, że uczynione w kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny, może w praktyce uczynić przysługujące wykonawcy instrumenty prawne, w postaci prawa do odwołania, iluzorycznymi. Ponadto, nawet informacje odnoszące się bezpośrednio do zaoferowanej ceny, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa tylko przez sam fakt tego, iż podają konkretne dane, nawet dane liczbowe. Konieczne jest, aby takie informacje posiadały dla wykonawcy wartość, a ich ujawnienie groziło poniesieniem szkody. Przy czym, szkoda ta ma mieć inny charakter niż tylko umożliwienie konkurencyjnym wykonawcom rzetelnej weryfikacji złożonych wyjaśnień i zaoferowanej ceny.

Dlatego też, w ocenie odwołującego za nieskuteczne należy uznać, nawet odnoszone do kalkulacji ceny czy prezentacji czynników cenotwórczych, ogólne tylko stwierdzenia co do ich wartości i znaczenia dla wykonawcy, podczas gdy faktycznym powodem ich utajnienia pozostaje chęć utrudnienia kwestionowania zaoferowanej ceny w toku procedury odwoławczej. Przykładowo, sama znajomość struktury i wysokości ponoszonych kosztów niekoniecznie musi stanowić informację poufną i podlegającą ochronie w ramach przedsiębiorstwa wykonawcy, gdyż nie zawsze sama ich znajomość przez podmiot konkurencyjny przekłada się na pozycję konkurencyjną czy ma wartość ekonomiczną. Aspekty te - w odniesieniu do poszczególnych informacji - powinny zostać wykazane przez wykonawcę wraz z przekazywanymi informacjami, i tylko w takim przypadku zastrzeżenie może zostać uznane przez zamawiającego za skuteczne.

Zakaz wyręczenia wykonawcy w obowiązku wykazania zasadności zastrzeżenia, dotyczy także bezkrytycznego przyjmowania zastrzeżenia o charakterze ogólnikowym i sprowadzającego się do abstrakcyjnych deklaracji wykonawcy, w oderwaniu od faktycznego zakresu i znaczenia zastrzeganych dokumentów. Skuteczne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy powinno być nie tylko konkretne, ale również poparte dowodami wykazującymi rzeczywiste spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Izby przedstawienie samych wyjaśnień (zwłaszcza ogólnych) bez dołączenia do nich odpowiednich dowodów jest niewystarczające: „Tym samym informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawnie tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić zniszczenie się

poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom przystępującego „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ZamPublU, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie” (wyrok KIO z dnia 16 lutego 2018 r. KIO 200/18).

Wskazał również na wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r. KIO 1072/11

Wykonawca zastrzegający całościowo wyjaśnienia ceny musi liczyć się z tym, że w przypadku uznania bezzasadności takiego działania odtajnieniu będą podlegały wyjaśnienia w szerszym zakresie niż gdyby wykonawca działał z należytą starannością. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, a w konsekwencji weryfikacji działań zamawiającego polegających na ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ocenie zasadności zastrzeżenia tych informacji, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie takiego zastrzeżenia, stanowi naruszenie nie tylko art. 18 ust. 1-3 ustawy, ale również zasad równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, a także proporcjonalności i przejrzystości, o których mowa w art. 16 pkt 1-3 ustawy.

W dniu 4 sierpnia 2021 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 6 sierpnia 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca FB Serwis spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie. Wskazał, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, a skarżone zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy wprost wyjaśnień przystępującego.

Zauważył, że w razie uwzględnienia przez Izbę odwołania, to zastrzeżone przez FB Serwis tajemnice przedsiębiorstwa zostaną ujawnione konkurentom FB Serwis. FB Serwis posiada więc w sposób oczywisty interes prawny i faktyczny w utrzymaniu tajności informacji, które zastrzegł jako tajne w toku postępowania przed swoimi konkurentami, w tym odwołującym. Wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Zgłoszenie zostało wniesione przez dalszego pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 sierpnia 2021 r. udzielonego przez pełnomocnika umocowanego pełnomocnictwem z dnia 26 sierpnia 2020 r. udzielonym przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania przystąpienia stronom.

W dniu 15 września 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o: oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz kosztów dojazdów według rachunków które zostaną przedłożone na rozprawie. Podniósł, że generalną zasadą, statutowaną w art. 18 ust. 1 pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada ta podlega ograniczeniom tylko w ściśle określonych przepisami prawa przypadkach. Jednym z takich ograniczeń jest okoliczność przewidziana w ust. 3 przytoczonej regulacji, tj. nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, pełna ocena zasadności i - co ważne - skuteczności dokonanej przez danego wykonawcę zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga kompleksowego sięgnięcia zarówno do prawa zamówień publicznych, jak i do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której odsyła pzp.

Ustawodawca, redagując nową ustawę prawa zamówień publicznych pozostawił niemalże analogiczne przesłanki odnoszące się do materii tajemnicy przedsiębiorstwa, co pozwala na korzystanie z bogatego dorobku orzeczniczego zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Sądów, poświęconego omawianej problematyce.

W definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wyróżnia się dwa elementy konstrukcyjne - materialny i formalny. Element materialny odnosi się do wartości informacji, jej przymiotu, natomiast formalny dotyczy działań, które dany przedsiębiorca, działający z należytą starannością, podjął, aby informacja pozostała poufna. Z uwagi na brak dookreślenia, co należy rozumieć przez każdy z tych elementów definicyjnych, pomocą służy orzecznictwo. Zdecydowanie wskazać można na tendencję do szerokiego rozumienia komentowanego pojęcia. Tytułem przykładu, wyrok WSA w Warszawie, z dnia 12 stycznia 2021 roku stanowi potwierdzenie tej tezy przyjęcie wartości gospodarczej informacji oraz charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa należy interpretować szeroko. Mogą to być informacje stanowiące know-how przedsiębiorstwa, w tym wiedza

techniczna z danej dziedziny, umiejętność wykonania lub wyprodukowania danej rzeczy, patenty obejmujące wynalazki, metody działalności, jak również inne informacje, co do których przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania ich poufności.

Przechodząc już stricte do konkretów przedmiotowej sprawy, pozytywnie zostało rozstrzygnięte, że tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Sposób kalkulacji ceny można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji. Informacje te powstają na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. W podobnym duchu Izba skonstatowała w wyroku z dnia 5 marca 2021 roku. Wartością, którą chroni tajemnica przedsiębiorstwa w tym kontekście jest zwłaszcza prawidłowa konkurencja. Spójnie koresponduje to z przywołanym już artykułem 11 uznk, który czyni, przybierające postać nieuprawnionego ujawniania, wykorzystania lub pozyskania cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, definiuje jako czyni nieuczciwej konkurencji.

Artykuł 18 ust. 3 pzp stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), 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.

Z kolei w swz obowiązkowi temu poświęcono zapisy rozdziału XIII ust. 13, zgodnie z którymi:

„(...)wraz z przekazaniem informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zastrzeżenie przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa bez uzasadnienia będzie traktowane przez zamawiającego jako bezskuteczne, ze względu na zaniechanie przez Wykonawcę podjęcia, przy dołożeniu należytej staranności, działań w celu utrzymania poufności objętych klauzulą informacji zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp

W tym w zasadzie wyraża się clue sprawy. Istotnie, odwołujący prawdziwie wskazuje, że dowód wykazania słuszności dokonanego zastrzeżenia ciąży na wykonawcy, tym niemniej retoryka odwołującego stanowi wyłącznie teoretyczną polemikę z dokonanym zastrzeżeniem, które zdaniem odwołującego było niedopuszczalne, co w konsekwencji prowadzi do daleko idącego wniosku, że tym samym w przedmiotowym postępowaniu zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców, przejrzystości, proporcjonalności.

Odwolującemu, zdaniem zamawiającego, nieco umyka pewna zasadnicza kwestia, celnie ujęta w przywołanym przed momentem wyroku Izby z dnia 5 marca 2021 roku - Żaden przepis nie wymaga od wykonawcy przedstawienia konkretnej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przepis art. 8 ust. 3 p.z.p. wymaga jedynie "wykazania" przez wykonawcę, a zatem wyjaśnienia i przekonania zamawiającego, a nie nakłada na wykonawcę bezwzględnie obowiązku przedłożenia dowodów.

Zamawiający stwierdził, że FBSerwis sprostął ciężącemu na wykonawcy obowiązkowi wykazania, że wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obszernie, w odniesieniu do każdej z przesłanek z osobna, wykonawca dokonał wyводу, wskazującego na zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedstawione zostały środki, zarówno prawne, jak i materialno-techniczne, które wykonawca przedsięwziął, aby chronić poufności informacji. Wyjaśnienia poparte zostały orzecznictwem Izby i Sądów Okręgowych, jak też stosownymi dowodami, załączonymi do dokumentu z wyjaśnieniami.

Zamawiający dokonał wnikliwej analizy złożonych wyjaśnień. Słuszność twierdzeń wykonawcy i środków które podejmuje poddano weryfikacji z poglądami Izby i Sądów.

Dokonana ocena przyniosła pozytywną ocenę - zastrzeżenie było skuteczne, a tym samym zamawiający był zobowiązany do nieujawniania wyjaśnień wykonawcy na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny.

To, w jaki sposób wykonawca zestawia elementy składanych wyjaśnień pozwala na poznanie sposobu realizacji przedmiotowego zamówienia przez inne osoby/podmioty spoza

przedsiębiorstwa, jego knowhow, podział kosztów, wiedza jakimi dysponuje zasobami sprzętowymi oraz informacje o źródłach i warunkach pozyskania materiałów, warunkach zatrudnienia personelu. Informacje te mają kluczowe znaczenie biznesowe dla wykonawcy, posiadają wymierną wartość gospodarczą, a utrzymanie ich w tajemnicy ma istotne znaczenie dla budowania przewagi przed konkurencją.

Zamawiający również podkreślił, że utrzymanie informacji w tajemnicy nie zostało ograniczone czasowo, co potwierdza konsekwencję wykonawcy w dochowaniu staranności w zakresie sposobu działania przedsiębiorstwa zarówno przed wszczęciem przedmiotowego postępowania jak i na przyszłość.

Wobec powyższego, w ocenie zamawiającego, brak było podstaw do odtajnienia zastrzeżonych informacji.

Jednakże, po wniesieniu odwołania, zamawiający w celu potwierdzenia, że FBSerwis odpowiedział na wezwanie zamawiającego dotyczącego złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeszcze raz przeanalizował treść zastrzeżonych informacji. Po powtórnej analizie dokonał odtajnienia części złożonych wyjaśnień wyłącznie w zakresie przywołanego w wyjaśnieniach orzecznictwa, jak i ogólnych informacji obrazujących strukturę wyjaśnień i dokonanego zastrzeżenia.

Dnia 17 sierpnia 2021 roku, zamawiający przesłał odwołującemu odtajnioną część złożonych wyjaśnień.

Dowód: pismo zamawiającego do Innergo Systems Sp. z o.o. z dnia 17 sierpnia 2021 roku potwierdzenie przesłania odwołującemu odtajnionej części wyjaśnień odtajniona część wyjaśnień FBSerwis

Zasygnalizowane zostało w jednym z powyższych akapitów, że odwołujący w konsekwencji swoich twierdzeń stawia zamawiającemu między innymi zarzut naruszenia zasad uczciwej

konkurencji. Zamawiający stwierdził zgola odmiennie - sytuacja odwrotna, tj. ujawnienie informacji, co do których skutecznie zastrzeżono ich poufność, stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji.

Ustawa nakłada na wykonawcę zastrzegającego określone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, obowiązek wykazania zamawiającemu zasadności wyłączenia jawności informacji składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co sprowadza się do zaprezentowania okoliczności pozwalających na stwierdzenie wypełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wyjaśnienia, jako całość podlegają ocenie zamawiającego, na którym spoczywa odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy .

Zamawiający, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, odniósł się również do tej kwestii. Orzecznictwo lzby jest ugruntowane.

Okoliczność, że zaoferowana cena jest niższa od cen konkurencji nie dowodzi, że cena ta jest rażąco niska lub została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia i utrudnia dostęp innym wykonawcom do rynku. Samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza art. 15 ust. 1 u.z.n.k. i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej .

FBSerwis, w złożonych wyjaśnieniach w sposób precyzyjny wykazał, w jaki sposób cena ofertowa została sporządzona. Złożone wyjaśnienia bazowały na konkretnych wyliczeniach i przykładach, uwzględniających specyfikę przedmiotu zamówienia. W sposób czytelny i dokładny zobrazowano, dlaczego przyjęto takie, a nie inne pozycje jednostkowe, w jaki sposób wykonawca zoptymalizował koszty, co finalnie pozwoliło na zaoferowanie ceny mocno konkurencyjnej.

Zamawiający pozytywnie ocenił złożone wyjaśnienia i uznał, że zaoferowanej ceny nie można określić mianem „rażąco niskiej”. Pojęcie to wielokrotnie było tematem orzekania lzby i podkreśla się, na co wskazuje również literalne brzmienie, że określenie to jest niewątpliwie nacechowane „nadzwyczajnością”, co - w dość sporym uproszczeniu - można zawrzeć w krótkim stwierdzeniu, że bynajmniej między ceną niską a ceną rażąco niską nie można postawić znaku równości.

Cena zaoferowana przez FBSerwis - jak pokazały złożone wyjaśnienia - ceną taką nie jest.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej FB Serwis, wniosku o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień, wyrażonej zgody na przedłużenia i złożonych wyjaśnień.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że:

W dniu 23 czerwca 2021 r. zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. ustawy, w związku z tym iż cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia oraz od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy, wezwał FB Serwis do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności, metod wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, 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. 21 77 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane będzie zamówienie;

4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy;

6. czy wykonawca uwzględnił w cenie oferty, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w szczególności pełen zakres robót wynikający z dokumentacji przedmiotowego postępowania.

7. zysku, jaki wykonawca zamierza osiągnąć w związku z wykonaniem zamówienia. Składając przedmiotowe wyjaśnienia należało wykazać jakie czynniki miały wpływ i w jakim stopniu ich istnienie przekłada się na zaoferowaną przez wykonawcę cenę, jednocześnie uwzględniając czynniki mające wpływ na cenę oferty w części dotyczącej podanej wartości

opcji.

Zamawiający poinformował, że przedmiotowe wyjaśnienia muszą być poparte stosownymi dowodami, z których będzie w sposób czytelny oraz niepodlegający wątpliwościom wynikało, że przedstawiona w ofercie cena brutto zamówienia nie jest w sposób zamierzony zaniżona i nieadekwatna do rzeczywistej wartości zamówienia.

Lakoniczne wyjaśnienia, nie zawierające przydatnych informacji dla oceny oferty, potwierdzają rażąco niską cenę. wykonawca, składając wyjaśnienia, powinien więc wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Należało wskazać takie czynniki, które odróżniają sytuację badanego wykonawcy od innych, a jednocześnie mają wymierne przełożenie na cenę. Należało przy tym uzasadnić w jaki sposób i w jakim stopniu ich istnienie przekłada się na obniżenie kosztów wykonania zamówienia.

Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości, co do prawidłowego jej

wyliczenia.

W tym samym dniu FB Serwis wniósł o wydłużenie terminu do złożenia wyjaśnień do dnia 5 lipca 2021 r.

Zamawiający wyraził zgodę na przedłużenie terminu.

FB Serwis w złożonych wyjaśnieniach na str. 2 - 10 zawarł uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz załączył dowody od 1 do 5 w celu wykazania podjęcia

czynności w celu zachowania poufności informacji.

W dniu 30 lipca 2021 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania. Zamawiający odmówił także odwołującemu dostępu do całości. wyjaśnień przystępującego w zakresie zaoferowanej ceny, w tym uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i załączników dotyczących tego uzasadnienia.

W dniu 17 sierpnia 2021 r. zamawiający przekazał odwołującemu treść złożonych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w takim zakresie w jakim odtajnił przedmiotowe wyjaśnienia. Jednocześnie zamawiający wskazał, że zacienienie w przesłanej dokumentacji oraz załączniki do złożonych wyjaśnień uznane są przez zamawiającego za prawidłowo zastrzeżone i nie zostają odtajnione.

W załączeniu zamawiający przekazał odwołującemu odtajnioną częściowo treść wyjaśnień przystępującego z dnia 5 lipca 2021 r. :

Z wyjaśnień tych wynika, że przystępujący wyjaśniał, że „Wykonawca dokonując kalkulacji ceny ofertowej, oparł się na wszystkich elementach i wymaganiach opisu przedmiotu zamówienia jak i wszelkich informacjach przekazanych w toku postępowania przez Zamawiającego.

Tym samym, zaoferowana przez Wykonawcę cena uwzględnia wszystkie elementy i wymagania opisane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej, została skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia oraz zapewnia wykonanie całego zakresu zamówienia z należytą starannością.

1. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA WYKONAWCY

Niniejsze wyjaśnienia (dalej również jako „Wyjaśnienia”), zawierają nieujawnione do wiadomości publicznej informacje organizacyjne i gospodarcze Wykonawcy posiadające istotną wartość gospodarczą. Stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w

rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r., poz. 1010, z późn. zm.; dalej: „UZNK”). Stosownie do treści postanowienia art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019ze zm.; dalej: „Ustawa PZP”) zastrzegam treść niniejszego pisma oraz wszystkich dokumentów stanowiących załączniki to tego pisma jako tajemnicę przedsiębiorstwa i wnoszę o ich nieujawnianie.

Wykonawca wskazuje, że wszelkie informacje zawarte w niniejszych wyjaśnieniach:

- 1) jako prezentujące wartość gospodarczą dla konkurentów FBSerwis będące informacjami organizacyjnymi i technicznymi, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa FBSerwis w rozumieniu przepisów UZNK,
- 2) zarówno jako całość, jak i w tym szczególnym (konkretnym) zestawieniu i zbiorze elementów nie są i nie były powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tego rodzaju informacjami ani nie są łatwo dla takich osób dostępne,
- 3) a ponadto FBSerwis podjął i podejmuje w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W konsekwencji spełnione zostały przesłanki kwalifikacji tych informacji z art. 11 ust. 2 UZNK i zastosowania art. 18 ust. 3 Ustawy PZP, zgodnie z którym: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Ad. 1) wartość gospodarcza zastrzeganych informacji

Wykonawca wyjaśnia, iż dane zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Wykonawcy, obejmują szczegółowe informacje dotyczące:

- czynników mających wpływ na wysokość ceny oraz zapewniających możliwości obniżenia ceny ofertowej

- kosztów wykonania zadania (podstawowych założeń kalkulacyjnych, w oparciu o które była kalkulowana cena ofertowa, w tym m.in. kosztu robocizny, sposobu kosztorysowania i przyjmowania założeń kalkulacyjnych i kosztów materiału,
- czynników, które pozwoliły na zminimalizowanie ryzyka wzrostu cen materiałów (centralizacja zakupów, synergia operacyjna wynikająca z realizacji innych kontraktów),

Tym samym informacje te w sposób precyzyjny obrazują sposób działania Wykonawcy na rynku. Nie może budzić zatem wątpliwości, że nieuprawnionym byłoby udostępnienie przez Zamawiającego tych danych innym podmiotom, prowadzącym działalność konkurencyjną względem Wykonawcy. Ujawnienie takich informacji konkurentom Wykonawcy prowadziłoby do uzyskania przez nich nieuzasadnionej korzyści gospodarczej, zaburzając tym samym prawidłową konkurencję na rynku usług i robót dotyczących infrastruktury oświetleniowej. Wejście w posiadanie ww. informacji mogłoby w szczególności ułatwiać konkurentom Wykonawcy przewidywanie, jakie poziomy cen Wykonawca będzie oferował w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (np. konkurenci mogliby z łatwością ustalić jakie koszty sprzętu czy paliwa Wykonawca będzie uwzględniał w swoich cenach, jaki poziom zysku z realizacji zamówień Wykonawca zakłada i jaki kluczowe czynniki uwzględnia on przy szacowaniu ryzyka związanego z realizacją zamówienia i tym samym jaki będzie wpływ ww. czynników na ceny ofertowe w innych postępowaniach) i kalkulowanie na tej podstawie cen na poziomach odpowiednio niższych (co może zapewnić im przewagę w postaci uzyskania znacznie wyższych szans na uzyskanie danego zamówienia). Ponadto wiedza o zasadach współpracy Wykonawcy z podwykonawcami i dostawcami (w szczególności o warunkach składanych przez nich ofert) pozwoliłaby konkurentom Wykonawcy z jednej strony, bez własnej pracy, wzbogacić własną bazę dostawców i podwykonawców i nawiązać z nimi współpracę, z drugiej zaś ułatwiłaby pozyskanie analogicznych zasad współpracy (i korzystnych cen), bowiem w ewentualnych przyszłych negocjacjach z takimi podmiotami konkurenci mogliby wykorzystać tak nabytą wiedzę, domagając się tak samo korzystnych (lub korzystniejszych) ofert.

Nie ulega również wątpliwości, że konkurenci Wykonawcy, w przypadku pozyskania wiedzy o stosowanych przez Wykonawcę rozwiązaniach organizacyjnych i optymalizacyjnych, mogliby również takie rozwiązania wdrożyć (naśladować zachowanie Wykonawcy w tym zakresie) i tym samym również obniżyć koszty realizacji podobnych zamówień publicznych w przyszłości, co będzie dla Wykonawcy równoznaczne z odpowiednim zmniejszeniem szans na uzyskiwanie zamówień publicznych w przyszłości.

Jednocześnie wyjaśniam, że wartość gospodarcza zastrzeganych informacji nie ogranicza się do czasu trwania niniejszego Postępowania, lecz będzie trwała również i po jego zakończeniu.

W istocie każde wyjaśnienia składane na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP są składane w celu wyjaśnienia ceny oferty w danym (jednostkowym) postępowaniu. Jednakże powyższa okoliczność w żaden sposób nie wyłącza możliwości uznania a priori tego rodzaju informacji za stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jest wręcz przeciwnie - w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych nie budzi wątpliwości, że informacje zawarte w wyjaśnieniach mogą być zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa (por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07, Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 14 maja 2013 r. sygn. akt KIO 908/13, z

dnia 7 maja 2018 r. sygn. akt KIO 749/18, z dnia 11 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 456/16 i

cały szereg innych).

Wartość informacji zawartych w Wyjaśnieniach nie jest ograniczona do jednostkowego postępowania przetargowego. Jest rzeczą oczywistą, że ujawnienie wiedzy odnośnie do sposobu kalkulowania ceny ofertowej przez danego wykonawcę, przyjmowanych założeń, ocenianych ryzyk, warunków współpracy z poszczególnymi kontrahentami i wszystkich innych zawartych w wyjaśnieniach informacji prowadziłoby do uzyskania przez konkurentów znaczącej i przy tym nieuzasadnionej przewagi. Tego rodzaju dane stanowią bowiem podstawę kalkulowania cen również w innych postępowaniach, w szczególności (choć niewyłącznie) w postępowaniach dotyczących zamówień na roboty i usługi tożsame z tymi, które są udzielane w niniejszym postępowaniu. Wymaga bowiem zaznaczenia,

W świetle powyższego stwierdzić należy, że wykazana powyżej wartość gospodarcza zastrzeganych informacji nie jest ograniczona ramami niniejszego Postępowania. Informacje te mają istotną wartość w kontekście całej działalności Wykonawcy, zarówno

Wskazać przy tym należy, że tego rodzaju wiedza jest ścisłą tajemnicą każdego wykonawcy

ubiegającego się o zamówienia publiczne. Każdy z wykonawców w warunkach krajowych konkuruje bowiem z innymi podmiotami przede wszystkim poziomem ceny ofertowej.

Poznanie zasad, według których poszczególni wykonawcy swoje ceny ofertowe kalkulują i według których obniżają koszty realizacji takich zamówień stwarza dla każdego potencjalnego wykonawcy ryzyko znaczącego pogorszenia skuteczności w ubieganiu się o zamówienia publiczne i tym samym może mieć zasadnicze przełożenie na wynik finansowy jego przedsiębiorstwa. Tego rodzaju informacje są zatem informacjami bardzo „wrażliwymi”. Stąd też informacje zawarte w Wyjaśnieniach nie mogą być w sposób nieuzasadniony ujawniane, bowiem szkody, jakie mogą dla Wykonawcy z takiego ujawnienia wynikać, potencjalnie mogą być niezmiernie dotkliwe.

Ad. 2) brak wcześniejszego ujawniania informacji oraz brak ich łatwej dostępności. Wykonawca wyjaśnia również, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w tym szczególnym zestawieniu oraz w kontekście, w jakim zostały przedstawione w treści niniejszych Wyjaśnień, nie były dotąd ujawniane.

Informacje takie jak przykładowo: sposób kalkulowania robót stanowiących przedmiot zamówienia, informacje dotyczące poziomów uzyskanych cen i rabatów na dostawy objęte przedmiotem zamówienia, wysokości wynagrodzenia wypłacanego pracownikom nigdy nie były w żadnym zakresie jawne. Poszczególne te informacje - nawet w ujęciu indywidualnym, w oderwaniu od pozostałych informacji prezentowanych w wyjaśnieniach - nie były dotąd ujawniane żadnym podmiotom poza organizacją Wykonawcy.

W Wyjaśnieniach są też zawarte takie informacje, które jednostkowo (indywidualnie) są wprawdzie dostępne bądź to na stronach internetowych, bądź też w różnego rodzaju ogólnodostępnych opracowaniach (takie jak w szczególności:

choć jednostkowo mogą być nawet jawne lub łatwo dostępne, to jednak w tym szczególnym zestawieniu podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wymaga dostrzeżenia, że w aktualnym stanie prawnym definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została zapisana w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK i ma ona następujące brzmienie: „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 tym zakresie ustawodawca krajowy przesądził (zmieniając ww. przepis z dniem 4 września 2018 r. i nadając nowe brzmienie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa) o słuszności już wcześniej prezentowanego w orzecznictwie Sądu Najwyższego stanowiska, zgodnie z którym za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uważać również samo tylko zestawienie elementów informacji poufnej, nawet jeśli poszczególne elementy tego zestawienia zostały udostępnione publicznie (tak m.in. w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r. sygn. akt V CSK 444/06).

W świetle powyższego informacje podane przez Wykonawcę w ramach wyjaśnień ceny, w tym szczegółowa kalkulacja kosztów realizacji zamówienia, podlegają ochronie nie tylko jako poszczególne, odrębne dane dotyczące kosztów poszczególnych czy jednostkowych działań, ale również jako komplementarny zbiór tychże informacji - który sam w sobie ma istotną wartość gospodarczą i organizacyjną, bowiem precyzyjnie obrazuje wypracowany na gruncie doświadczenia Wykonawcy sposób szacowania kosztów zamówienia, elementy brane pod uwagę przy realizacji zamówienia, szacowanie poszczególnych ryzyk, które będą mogły wystąpić na etapie realizacji zamówienia i wszystkich innych elementów, które Wykonawca wskazał w Wyjaśnieniach wpływające na kalkulację ceny ofertowej.

Nawet jeśli niektóre z zastrzeżonych fragmentów informacji są jawne lub łatwo dostępne, to jednak jako całość i w tym szczególnym kontekście - tj. w kontekście wskazania ich wpływu na kalkulację ceny i sposób, w jaki Wykonawca cenę w przetargach

Żaden z konkurentów Wykonawcy nie miał nigdy dostępu do informacji obejmujących zbiór tych wszystkich danych w ujęciu prezentującym w sposób kompleksowy wpływ wszystkich tych czynników na możliwość odpowiedniego obniżania cen ofertowych w przetargach. Dlatego właśnie w tym zestawieniu i w kontekście, w jakim zostały zaprezentowane one Zamawiającemu, wszystkie elementy Wyjaśnień muszą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.

Ad. 3) Działania mające na celu zachowanie poufności zastrzeganych informacji
W celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawca podjął odpowiednie działania zarówno o charakterze fizycznym jak i prawnym.

Wszystkie te rozwiązania zostały implementowane przede wszystkim w celu zapobiegania niepowołanemu dostępowi do informacji poufnych (w tym w szczególności zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa) przez osoby niepowołane.

Z ostrożności, celem wyeliminowania jakichkolwiek wątpliwości co do faktu podjęcia przez Wykonawcę działań w celu zapewnienia poufności informacji kwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa, przedstawiam w załączeniu:

- dokumentację
- dokumentację
- certyfikat potwie
- wyciąg
- Kodeks E

Ujawnienie konkretnych metod i technologii stosowanych w tym zakresie przez Wykonawcę wiązałoby się po jego stronie z nieakceptowalnym ryzykiem osłabienia bezpieczeństwa posiadanych informacji i tym samym narażałoby go na wymierne straty. Tego rodzaju informacje nie są również niezbędne do przeprowadzenia Postępowanie, zatem ewentualne przekazanie ich Zamawiającemu nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Zaznaczenia w tym zakresie wymaga, że przepis art. 11 ust. 2 ustawy ZNK nie wymaga, aby przedsiębiorcy dla zabezpieczenia informacji stanowiących ich tajemnicę podejmowali jakiegokolwiek „nadzwyczajne”, „ponadstandardowe”, czy „unikatowe” lub „niespotykane” działania mające na celu zachowanie informacji w poufności. Wręcz przeciwnie, przywołana regulacja wskazuje jedynie, że działania takie powinny być podjęte

(1) przy zachowaniu należytej staranności (a więc staranności, która generalnie powinna cechować wszystkie działania przedsiębiorcy) oraz

(2) w celu utrzymania informacji w poufności.

Jak słusznie zauważył w tym zakresie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 maja 2018 r. sygn. akt II SA/Wa 1526/17: „Nie ulega zatem wątpliwości, że informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Utrzymanie danych informacji, jako tajemnicy wymaga więc podjęcia przez przedsiębiorcę działań zmierzających do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Ustawodawca nie przesądził przy tym, jakie to mają być działania. Istotne jest w każdym razie to, aby działania te były podejmowane z uwagi na charakter danych informacji, a nie dopiero w wyniku otrzymania przez przedsiębiorcę wniosku o ich ujawnienie.”

Na szczególną uwagę w zakresie dotyczącym działań podejmowanych przez wykonawców w celu zabezpieczenia informacji poufnych zasługuje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 marca 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 2237/17, które warto przywołać w szerokim zakresie. W wyroku tym Sąd Okręgowy wskazał z jednej strony, że działania takie jak kontrola dostępu, właściwy obieg informacji czy technologie bezpieczeństwa sieci informatycznych (a więc dokładnie tego rodzaju działania, jakie wykazał w Wyjaśnieniach I i Wyjaśnieniach II Odwołujący) są odpowiednie do

zabezpieczenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, z drugiej zaś podkreślił, że tego rodzaju informacje są rutynowo stosowane przez dużych przedsiębiorców czy międzynarodowe korporacje - do których należy Odwołujący (co zostało wykazane w Wyjaśnieniach I i II), a to samo w sobie świadczy o dostatecznym wykazaniem przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Mianowicie Sąd Okręgowy zaznaczył, że:

„W piśmiennictwie wskazuje się jednocześnie, że "niezbędne działania", które mają być podjęte w celu zachowania poufności obejmują zarówno środki fizycznej ochrony, jak i instrumenty prawne. Fizyczne środki ochrony są zróżnicowane i obejmują takie metody ochrony jak: dozór fizyczny, kontrola dostępu do pomieszczeń, monitoring, właściwy obieg dokumentacji, a także technologie zapewniające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. Środki prawne stosowane w ochronie informacji również nie są homogeniczne i obejmują np. poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę, oddzielne umowy o poufność, zakazy konkurencji, oświadczenia o poufności dokumentów wysyłanych drogą elektroniczną lub tradycyjną. Należy podkreślić, że metody fizyczne i prawne ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa nie są od siebie odseparowane. Relacja pomiędzy nimi jest taka, że z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa będziemy mieli do czynienia tylko wtedy, gdy przedsiębiorca podjął określone działania faktyczne w celu chronienia swoich tajemnic. Wprawdzie zabezpieczenie informacji następuje również wtedy, gdy informacja jest

chroniona prawnie, jednak zawsze potrzebne jest nawet najskromniejsze zabezpieczenie.

Same umowy o poufność lub klauzule do umów o pracę, czy też do umów cywilnoprawnych nie są wystarczające, jeżeli dostęp do dokumentów będzie miał nieograniczony krąg osób. Takie stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w przywołanym wyżej wyroku z dnia 5 września 2001 r., wskazując, że "Przepis art. 11 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze". Można więc stwierdzić, że w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zabezpieczenie faktyczne ma znaczenie priorytetowe, jeżeli chodzi o zabezpieczenie informacji wewnątrz przedsiębiorstwa, zaś zabezpieczenie prawne ma co najwyżej charakter subsydiarny. Natomiast w przypadku zabezpieczenia informacji w relacji do osób trzecich (np. partnerów handlowych) podstawowe znaczenie mają umowy lub klauzule dotyczące poufności. Jednak przez cały czas przedsiębiorca musi strzec informacji wewnątrz swojego przedsiębiorstwa, czego dokonuje głównie przez zabezpieczenia faktyczne. Jeżeli bowiem nie czyni tego, niechroniona informacja szybko wejdzie do domeny publicznej i zobowiązania do zachowania poufności wynikające z umów o poufność zawartych z partnerem handlowym staną się bezprzedmiotowe ze względu na ustanie stanu tajemnicy. Podkreślić jednocześnie trzeba, że przedsiębiorca musi stosować środki ochrony permanentnie; nie jest wystarczające stosowanie ich przez określony czas, a następnie zaniechanie ich stosowania.

Na gruncie niniejszej sprawy oznacza to, że Konsorcjum (...) miało obowiązek wykazać, że podjął działania nakierowane na ochronę informacji, które według tego podmiotu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odnośnie lokalizacji OR przeciwnik skargi formułował tu lapidarne twierdzenie. Wskazywał mianowicie, że wszyscy członkowie konsorcjum wchodziły w skład międzynarodowej korporacji, która posiada wysokie standardy w odniesieniu do strzeżenia informacji o charakterze poufnym. Każda ze spółek posiada wewnętrzne regulacje oraz postanowienia, które w jak najszerszym zakresie mają zapobiec ujawnianiu informacji, które dla Spółek mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Twierdzenie takie Sąd Okręgowy ocenił jako wystarczające. Zarówno skarżący jak i przeciwnik skargi to duże, międzynarodowe podmioty, które wypracowały standardy bezpieczeństwa danych, które przestrzegają z oczywistych względów. Domyślać się należy, że właśnie z tego powodu skarżąca nie negowała faktu, że konsorcjum (...) ma wdrożone odpowiednie polityki, gdyż sama również je posiada. Skarga domagała się większego uszczegółowienia sposobów i zakresu ochrony. W ocenie Sądu Okręgowego z punktu widzenia art. 8 ustawy p.z.p. nie było to jednak konieczne. Nie można przy tym pomijać, że Sądowi Okręgowemu znane są tego typu standardy z uwagi na wielość spraw w przedmiocie skarg na orzeczenia KIO. Zazwyczaj dane podlegają wielostopniowej ochronie przed dostępem kogokolwiek z zewnątrz. Dostęp do tych danych mają wyłącznie pracownicy Spółki, którzy - co równie oczywiste - zobowiązują się zachowaniem danych w tajemnicy i nie wykorzystywania ich na prywatny użytek. Co więcej - pracownicy Ci zazwyczaj mają dostęp szczątkowy, tj. dotyczący tylko tego wycinka prac, który ich samych dotyczy.

Wobec powyższego należało uznać, że konsorcjum (...) wykazało, że przeciwdziała wyciekowi informacji poprzez wdrożone polityki bezpieczeństwa. W świetle art. 8 ust. 3 ustawy p.z.p. nie było obowiązkiem konsorcjum (...) przedkładać na tę okoliczność dowodów w postaci konkretnych dokumentów, a samo to twierdzenie było dla Sądu Okręgowego wystarczające, gdyż skarżący nie zaoferował żadnego kontr-dowodu.”

Zwracam również uwagę, że pogląd o możliwości zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty wykonawców mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie budzi wątpliwości. Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO jak i sądów powszechnych.

Przykładowo, jak wskazała KIO w wyroku z dnia 14 maja 2013 r. (sygn. KIO 908/13): „Informacje te [metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze - przyp. Wykonawcy] powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.”

Podobnie KIO rozstrzygnęła w wyroku z 11 lutego 2013 r. (sygn. KIO 175/13): „Zastrzeżone przez tych wykonawców informacje [wyjaśnienia dotyczące elementów oferty wykonawcy mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny - przyp. Wykonawcy] dotyczą bowiem kalkulacji ceny złożonej oferty, obejmującej zestawienie kosztów, a więc szczegółowe wyjaśnienie kosztów wynagrodzeń pracowników, przedstawienie konkretnych danych dotyczących sposobu zatrudnienia określonej grupy pracowników oraz kwestii związanych z obniżeniem kosztów. Sposób kalkulacji ceny, a przede wszystkim kosztów osobowych można zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji, tym bardziej w sytuacji, jaka ma miejsce w niniejszym postępowaniu, gdy głównym elementem cenotwórczym jest koszt pracy pracowników. Koszt zatrudnienia osób to bowiem element determinujący treść oferty z uwagi chociażby na specyfikę tej branży. Wyjaśnienia złożone przez wykonawców mogą być więc uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pokazują właśnie sposób kalkulacji ceny oferty.”

Podsumowując, wskazuję, że informacje zastrzeżone przez Wykonawcę w niniejszym piśmie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa spełniają wszystkie przesłanki wskazane w art. 11 ust. 2 UZNK.

2. BRAK PODSTAW DO OCENY RZETELNOŚCI CENY ZAOFEROWANEJ PRZEZ WYKONAWCĘ WYŁĄCZNIE W OPARCIU O DYSPROPORCJE CEN ZAOFEROWANYCH W POSTĘPOWANIU

Jak wywieść z informacji przekazanej przez Zamawiającego oraz z opublikowanej informacji z otwarcia ofert, powodem zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienie ceny złożonej oferty jest okoliczność, iż odbiega ona od szacunkowej wartości zamówienia o ponad 30%.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że fakt wystąpienia tego rodzaju dysproporcji sam w sobie do zakwalifikowania oferty Wykonawcy jako oferty z rażąco niską ceną nie wystarcza.

Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 sierpnia 2014 roku (sygn. akt KIO 1468/14): „Składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez zamawiającego jest w postępowaniach przetargowych zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny. Szczególnie może być to widoczne w szacowaniu przedmiotu zamówienia, które obejmuje swoim zakresem usługi składające się z pracy ludzkiej i kosztów dojazdu czy też kosztów związanych z posiadaniem odpowiednich narzędzi. Wysokość tych kosztów jest pochodną indywidualnych możliwości danego wykonawcy, posiadanego zaplecza technicznego, doświadczenia, posiadanych kontaktów z odpowiednimi pracownikami i przebiegiem dotychczasowej współpracy. Koszt wyceny takich elementów cechuje się wysokim stopniem subiektywizmu. Wyceniając przedmiot zamówienia, zamawiający winien mieć na uwadze tę okoliczność. Zamawiający nie zna bowiem indywidualnych możliwości wykonawców i szacując wartość przedmiotu zamówienia musi uwzględnić wszystkie koszty składające się na wykonanie usługi, mimo, iż niektórzy wykonawcy nie będą ich ponosić ze względu na swoje indywidualne możliwości.”

Za wyrokiem Izby z dnia 30 lipca 2012 roku, sygn. akt: KIO 1502/12 podnieść również należy, że „z uwagi na indywidualne uwarunkowania każdego z podmiotów (w tym posiadane doświadczenie, urządzenia, sprzęt, materiały, sposób zarządzania przedsiębiorstwem, ilość świadczonych jednocześnie usług na danym terenie), wykonanie zamówienia za taką samą cenę nie będzie możliwe dla każdego wykonawcy. Wykonawca może przedstawić cenę oferty odbiegającą od pozostałych cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej przed otwarciem ofert.”

3. CZYNNIKI MAJĄCE WPŁYW NA WYSOKOŚĆ CENY

Wyjaśnienie elementów oferty Wykonawcy mających wpływ na wysokość ceny należy rozpocząć od ogólnej uwagi, iż w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych definicja pojęcia „rażąco niskiej ceny” nie budzi najmniejszych wątpliwości. Krajowa Izba Odwoławcza jednolicie przyjmuje, że „rażąco niska cena jest ceną nierealistyczna, zaoferowaną poniżej kosztów świadczenia usługi, uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu zamówienia” (tak w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 18 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 240/13). Jest ona ceną „nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez 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” (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2014 r. sygn. akt KIO 1100/14).

Wymaga podkreślenia, iż o rażąco niskiej cenie nie można mówić w przypadku każdego odstępstwa od cen rynkowych, lecz jedynie wówczas, gdy takie odstępstwo ma charakter zasadniczy. Jak się wskazuje w piśmiennictwie, rażąco niską ceną będzie cena niewiarygodnie niska, znacznie odbiegająca od cen rynkowych (P. Banasik, O rażąco niskiej cenie oferty raz jeszcze, ABC nr 109011, LEX 2014). Słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Katowicach w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, że: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonaniu umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. (...) nie można zapominać, że głównym celem ustawy PZP jest zapewnienie prawidłowości wydawania środków publicznych, a nie zapewnienie przestrzegania zasad konkurencji między przedsiębiorcami.”

Przepisy ustawy PZP nie zezwalają na odrzucanie ofert z niskimi cenami, lecz wyłącznie z cenami rażąco niskimi. Kwestia ta była wielokrotnie eksponowana w orzecznictwie sądowym i Krajowej Izby Odwoławczej. Tytułem przykładu można tutaj wskazać na stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r. sygn. akt XIX Ga 175/10, zgodnie z którym: „cena zatem „rażąco niska” to taka, która jest nierealistyczna, w sposób znacząco odbiegająca od cen rynkowych stosowanych w określonej branży. Należy tutaj jeszcze wskazać dwie pozostałe okoliczności, które mogą być pomocne do oceny tej materii. Cena „rażąco niska” to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej.” Te dwa pojęcia nie są tożsame”.

Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2824/14; KIO 12/15: „Za cenę rażąco niską powszechnie przyjmuje się cenę nierealną, niewiarygodną i oderwaną od realiów rynkowych, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe. Tego rodzaju charakterystyka ceny jest uznawana za odpowiadającą użytemu w przepisie pojęciu „rażąca”. Dla odrzucenia oferty konieczne jest zaistnienie owej rażącej dysproporcji w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W tym kontekście należy jednoznacznie stwierdzić, że cena zaoferowana w Postępowaniu przez Wykonawcę ww. definicji nie odpowiada. Zaproponowana przez Wykonawcę cena w żadnym przypadku od poziomu cen rynkowych nie odbiega i w żaden sposób nie może być uznana za niewiarygodną.

Czynnikami, które pozwoliły Wykonawcy na zaoferowanie cen na niższym niż konkurenci

poziomie, są przede wszystkim:

1)

Sprawia to, że Wykonawca może proponować swoim kontrahentom (w tym Zamawiającemu) korzystniejsze warunki w składanych ofertach, proponując realizację robót i usług nie tylko taniej, lecz również skuteczniej, niż są je w stanie wykonać jego konkurenci.

2)

dowód: Przykładowy wyciąg

Dowód:

- Przykładowe umowy
- Przykładowe umowy

dowód:

3)

Jednoczesna realizacja w/w usług daje także możliwość kompleksowego zakupu niezbędnych materiałów budowlanych. Kompleksowe zakupy na potrzeby wszystkich realizowanych przez Wykonawcę kontraktów daje możliwość negocjowania cen zakupu poprzez wykorzystanie wspomnianego powyżej efektu skali.

Dowód:

- Przykładowe umowy
- Przykładowe umowy

W zakresie powyższego przywołać należy pogląd

4. KOSZTY WYKONANIA ZADANIA

Okolicznością świadczącą o zaoferowaniu przez Wykonawcę ceny rynkowej w niniejszym Postępowaniu jest fakt, iż pokrywa ona wszystkie koszty zmienne związane z realizacją zamówienia.

Zauważyć należy, że w decyzjach Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wśród kryteriów symultanicznie stosowanych do oceny i ustalenia charakteru rozpatrywanych nieuczciwych cen, zarówno nadmiernie wygórowanych, jak i rażąco niskich, podkreślana jest szczególnie waga kryterium kosztowego. Jak zauważył Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w uzasadnieniu decyzji z dnia 31 grudnia 2013 r. Nr RGB-51/2013: „kwalifikacja, czy dana cena jest nieuczciwa, ma charakter ocenny i należy do orzecznictwa. Należy zatem odnieść się do metod ekonomicznych wskazanych we wcześniejszych rozważaniach. Prawidłowa ocena ustalenia ceny przez przedsiębiorcę dominującego wymaga zatem zbadania relacji przychody-koszty w danej firmie lub w danym segmencie rynku. Wobec powyższego Prezes UOKiK przeprowadził kalkulację kosztów i przychodów świadczenia”.

W stanie faktycznym ww. sprawy organ antymonopolowy przede wszystkim ustalił poziom kosztów zmiennych strony, przeciwko której wszczęto postępowanie, a cenę rażąco niską określał właśnie jako niepokrywającą kosztów zmiennych (kosztów zależnych od wielkości produkcji/usług). W uzasadnieniu decyzji, odwołując się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazano m.in., iż wszystkie ceny niepokrywające

kosztów zmiennych należy uznawać za nieuczciwe (tzw. predatory prices), ponieważ trudno znaleźć dla nich jakiegokolwiek inne wyjaśnienie niż tylko eliminacja konkurencji. Natomiast ceny mieszczące się powyżej kosztów zmiennych, ale poniżej kosztów całkowitych (sumy kosztów zmiennych i stałych), są generalnie dopuszczalne, chyba że zostaną przedstawione dodatkowo, a więc inne niż sam poziom ceny względem kosztów, dowody na to, że ceny te zostały podyktowane i ustalone w celu eliminacji konkurencji (Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w taki sposób wypowiedział się odnośnie do kwalifikacji kosztów dla stwierdzenia zaniżania cen jako pewnej praktyki antykonkurencyjnej w wyroku C62/86 z dnia 3 lipca 1991 r. AKZO Chemie BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, a stanowisko swoje powtórzył w wyroku C-333/94 z dnia 14 listopada 1996 r. Tetra Pack International przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich).

W tym miejscu należy podkreślić, iż zaofiarowana przez Wykonawcę cena pokrywa wszystkie, zarówno zmienne, jak i stałe koszty realizacji zadań, stanowiących przedmiot niniejszego postępowania przetargowego (dalej jako „Zadania”). Wykonawca określając koszty wykonania Zadań oparł się na wszystkich elementach i wymaganiach opisu przedmiotu zamówienia jak i wszelkich informacjach przekazanych w toku postępowania przez Zamawiającego.

Przy obliczaniu ceny ofertowej Wykonawca przyjął następujące założenia kalkulacyjne dotyczące ponoszonych kosztów.

4.1. Koszty pracy

Wykonawca uwzględnił wszystkie wymagania opisu przedmiotu zamówienia dot. zatrudnienia pracowników w tym także wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Firma, Data zatrudnienia, Wymiar etatu, Data do umowy, Rodzaj umowy, Stanowisko, Stawka zaszeregowania

Wykonawca do wykonania zadania skalkulował (zgodnie ze złożoną ofertą oraz z wymaganiami SWZ i pozostałych dokumentów przetargowych) utrzymanie 3 zespołów instalatorów, każdy składający się z 3 elektromonterów. W cenie ofertowej Wykonawca uwzględnił zatem zatrudnienie

Koszty związane z zatrudnieniem zespołów instalatorów odpowiedzialnych za wykonanie zadania przedstawia poniższa tabela:

Wykaz kosztów związanych z zatrudnieniem elektromonterów

Lp., Zespół instalatorów, Ilość pracowników, Jedn. Koszt pracy [zł], Miesięczny koszt pracy [zł], Okres [m-c], SUMA kosztów

1. I

2. II

3. III

Koszty związane z obsługą kontraktu oraz zatrudnieniem osób do realizacji etapy projektowania przedstawia poniższa tabela:

Wykaz kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników do obsługi kontraktu

Lp., Rola Miesięczny koszt pracy [zł], Okres [m-c], SUMA kosztów

1. Kierownik kontraktu

2. Kierownik robót budowlanych

3. Projektant I

4. Projektant II

Suma kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników do obsługi kontraktu przyjęta przez Wykonawcę do oferty wynosi zatem

4.2. Koszty paliwa

Dowód:

Bazując na powyższym, Wykonawca dla potrzeb kalkulacji ceny ofertowej przyjął koszty paliwa na potrzeby transportowo-maszynowe

Koszt zakupu paliwa

4.3. Koszty sprzętu

Poniżej załączamy wykaz wszystkich maszyn (posiadanych już przez Wykonawcę), jakie Wykonawca planuje przeznaczyć do realizacji Zadań. Przedstawiony poniżej sprzęt jest sprzętem specjalistycznym, niezbędnym do sprawnej i szybkiej realizacji Zadań w zakładanych przez umowę z Zamawiającym ramach czasowych, dający istotną przewagę nad konkurencyjnymi wykonawcami co w konsekwencji powoduje możliwość znaczącego obniżenia kosztów wykonania Zadań przez FBSerwis S.A.

Sprzęt specjalistyczny

Nr środka, Opis, Opis 2

Dowody: dowody rejestracyjne pojazdów

Uwzględniono koszty ubezpieczeń, konserwacji, badań oraz ewentualnych napraw pojazdów i sprzętu na poziomie

4.4. Koszty materiałów

wykonawca przewidział zużycie materiałów zgodnie z przedmiarem robót oraz uwzględniając wszelki zapisy SWZ

Poniższa tabela zawiera przyjęte przez Wykonawcę na potrzeby oferty koszty materiałów:

Wyliczenie kosztów związanych z zakupem materiałów

Lp., Nazwa, Ilość, Cena jedn., Wartość

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.

12.

4.5.

Wykonawca w swoich kalkulacjach przyjął konieczność wykonania map do celów projektowych dla wszystkich lokalizacji

Koszt wykonania mapy do celów projektowych oszacowano na poziomie

netto dla każdej z lokalizacji (uśredniając). Pozostała kwota stanowi koszt uzyskania niezbędnych uzgodnień.

Kalkulacja wykonania przedmiotu zamówienia

Kalkulacja prac stanowiący przedmiot zamówienia została dokonana w oparciu o dokumentację postępowania jak i w oparciu o założenia przedstawione w pkt poprzedzających. Wykonawca

Pozostałe koszty zamówienia udzielanego w Postępowaniu stanowią:

Koszty te Wykonawca oszacował globalnie, dla całego przedmiotu zamówienia, na kwotę

Dodatkowo Wykonawca dla zapewnienia dodatkowego bezpieczeństwa ceny ofertowej przewidział w swojej kalkulacji kwotę , jako rezerwę na potencjalne wydatki nieprzewidziane. Wykonawca oszacował, że po uwzględnieniu wszystkich bezpośrednich kosztów związanych z realizacją zamówienia pozostaje mu kwota , która to kwota będzie przeznaczona na ewentualne pokrycie kosztów pośrednich (nieobciążających niniejszego zamówienia) oraz zysk (marżę).

Jak bowiem słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia

25 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 178/15; KIO 197/15; KIO 198/15 „Nie sposób przyjąć jakichkolwiek normatywnych progów i postulatów co do stopnia marży pokrycia, na poziomie której wykonawca powinien skalkulować swoją cenę (poza minimalnymi postulatami aby była to co najmniej tzw. marża I stopnia, wynikającymi z przedstawionej wyżej kosztowej definicji ceny rażąco niskiej). W szczególności trudno wskazać jakąś konkretną marżę II lub III stopnia jako powinną przy danym zamówieniu. Jak już podniesiono, podstawowym kosztowym kryterium definicyjnym ceny rażąco niskiej jest niepogarszanie przez daną sprzedaż (ofertę) wyniku finansowego przedsiębiorstwa. Tylko w tym zakresie normatywnie zapewniana jest uczciwość ceny oraz minimum jej racjonalności, i tylko w takim stopniu zabezpieczane są tu interesy zamawiającego. Natomiast na pytanie w jakim stopniu w świetle przepisów ustawy cena ofertowa miałaby poprawiać wynik finansowy przedsiębiorstwa i zbliżać je do przekroczenia progu rentowności odpowiedzieć nie sposób. Zresztą na pytanie to winni odpowiadać sobie w każdym przypadku menadżerowie przedsiębiorstw przygotowujących oferty przetargowe, a nie zamawiający w trakcie badania ofert.” (por. również uzasadnienie wyroku Izby z dnia 25 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 178/15; KIO 197/15; KIO 198/15).

Tabelę obrazującą podsumowanie opisanych powyżej kosztów realizacji zamówienia przedstawiam w załączeniu.

Dowód: Zestawienie kosztów realizacji zamówienia

Zestawienie kosztów realizacji zamówienia

Lp., Nazwa, Wartość

1.

3.

- 4.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.

Prawo opcji

Wykonawca przewidział w cenie oferty pełny zakres robót, zużycie materiałów zgodnie z przedmiarem robót oraz uwzględniając wszelkie zapisy SWZ. Do wyliczenia kosztów przyjęto ceny rynkowe oraz uwzględniono wszystkie czynniki opisane w odniesieniu do robót podstawowych.

Do wyliczenia kosztów związanych z realizacją prawa opcji (z uwagi na określone w specyfikacji warunki prawa opcji i dookreślenie ich jedynie poprzez podanie długości budowanych w ramach prawa opcji odcinków linii kablowych) Wykonawca przyjął wyliczenie na podstawie

Tabela wyjaśniająca prawa opcji:

B.1 B.2 B.3 B.4 B.5

Materiał

Koszty pracownicze

Koszty projektowania

Koszty pozostałe +zysk

5. PODSUMOWANIE

Reasumując, wskazujemy, że oferowana przez Wykonawcę cena nie jest w żadnym razie ceną, którą można by kwalifikować jako cenę rażąco niską, w szczególności w świetle sytuacji na rynku właściwym dla Wykonawcy oraz poczynionych przez Wykonawcę starań w celu obniżenia kosztu wykonania przedmiotu zamówienia bez uchybień dla jego jakości i terminowości.

W świetle powyższego uzasadnione jest twierdzenie, iż zaproponowana przez Wykonawcę cena ma charakter rynkowy i zapewnia realizację Zamówienia na warunkach określonych przez Zamawiającego.

Z daleko posuniętej ostrożności pozwolimy sobie wskazać, że w wyroku z dnia 9 grudnia 2010r., sygn. akt: V Ga 122/10, Sąd Okręgowy w Olsztynie wskazał, że: „Przeprowadzenie procedury sprawdzającej opisanej w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Jest to jednak etap konieczny, który powinien mieć zastosowanie, gdy uzasadnione są wątpliwości, co do tego czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dopiero analiza przedłożonych wyjaśnień może być podstawą do oceny, że oferta zawiera rażąco niską cenę, tym samym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2010r., sygn. akt: 483/10). Komisja przetargowa powinna analizować ofertę na podstawie wszystkich dokumentów, a nie tylko wyjaśnień, które mają charakter pomocniczy.

Zważyć należy, że zgodnie z art. 6 kc rozkład ciężaru dowodu, w razie odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym wywodzącym skutek ze swego twierdzenia o zaferowaniu ceny rażąco niskiej. Zatem to zamawiający odrzucając ofertę z uwagi na rażąco niską cenę,

zobowiązany jest należycie uzasadnić podjętą decyzję. (...) Dlatego zamawiający odrzucając ofertę, winien wykazać w sposób bezsprzeczny, że w konkretnym stanie faktycznym każdy podmiot uznałby taką cenę za rażąco niską”.

Załączniki:

1. Dokumentacja zdjęciowa
2. Dokumentacja zdjęciowa
3. Certyfikat
4. Wyciąg
5. Kodeks
6. Umowa
7. Umowa
8. dowody rejestracyjne
9. Przykładowy wyciąg
10. Przykładowe umowy
11. Przykładowe umowy
12. pisemne zobowiązanie
13. Wykaz”

Ocena materiału dowodowego dokonana przez Izbę:

Izba ustaliła, że przedmiotem zarzutu jest zaniechanie udostępnienia pisma przystępującego z dnia 5 lipca 2021 r. wraz z załącznikami i dokonanie wadliwej oceny, że cała treść tego pisma została skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego. Tym samym odwołanie zostało wniesione wobec czynności zamawiającego związanych z oceną informacji zastrzeżonych. Izba ustaliła, że w toku postępowania zamawiający zmienił zakres informacji ocenionych przez niego jako skutecznie zastrzeżone ujawniając częściowo treść informacji zawartych w piśmie przystępującego z dnia 5 lipca 2021 r. Izba oceniła zatem, że przedmiotem zarzutu jest objęte tylko to zachowanie zamawiającego, które dotyczy nieodtajnionej treści pisma przystępującego z dnia 5 lipca 2021 r. W pozostałym zakresie bowiem pomiędzy stronami na dzień wyrokowania przestało być sporne, że informacje zawarte w piśmie z dnia 5 lipca 2021 r. w zakresie przekazanym pismem z dnia 17 sierpnia 2021 r. nie były informacjami zawierającymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym rozstrzygnięcie o informacjach odtajniowanych stało się na dzień wyrokowania zbędne. Izba ustaliła, że zgodnie z art. 7 pkt. 18 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia - to postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Istotne dla rozstrzygnięcia jest zatem to, że postępowanie o udzielenie zamówienia to uporządkowany ciąg czynności prowadzący do wyboru oferty najkorzystniejszej, kończący się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym dla zachowania zasady wyrażonej w art. 16 pkt. 2 ustawy tj. zasady przejrzystości konieczne jest, to aby zamawiający podejmował czynności postępowania w sposób uporządkowany i zwieńczeniem tych czynności było dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej prowadzące do zawarcia umowy. Izba ustalając stan faktyczny tego postępowania ustaliła, że zamawiający w dacie 30 lipca 2021 r. zakończył uporządkowany ciąg czynności oświadczając po pierwsze, że ocenił jako skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa całość wyjaśnień przystępującego z dnia 5 lipca 2021 r. i odmawiając dostępu do tego pisma odwołującego i po drugie przy takiej ocenie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej to jest oferty przystępującego. Izba ustaliła ponadto, że po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający bez unieważniania tej czynności dokonał odtajnienia częściowego pisma przystępującego z dnia 5 lipca 2021 r.

Izba ustaliła ponadto, że elementy zawarte w części pisma z dnia 5 lipca 2021 r., co do których strony pozostają w sporze, zawierają elementy odnoszące się do sposobu funkcjonowania przystępującego, w tym w powiązaniu z innymi podmiotami w szerokim tego słowa znaczeniu. Są to zatem dane organizacyjne świadczące o sposobie prowadzenia przez przystępującego przedsiębiorstwa, a także o jego pozycji negocjacyjnej w tym wypracowanych rabatach, wieloletniej współpracy itp., możliwości łączenia lub korzystania

kapitałów czy potencjałów technicznych, kadrowych czy finansowych innych podmiotów. Izba ustaliła także, że w ramach informacji zastrzeżonych znajdują się informacje o pakiecie przedsięwzięć, w które zaangażowany jest przystępujący, a także o jego potencjale technicznym i zasobach osobowych, w tym poziomie wynagrodzeń dla pracowników przystępującego. Podane są także konkretne wartości liczbowe wynikające z informacji o charakterze technicznym i organizacyjnym. Izba ustaliła także w zakresie wykazania przesłanki zachowania informacji w poufności przystępujący przedstawił dowody dotyczące bezpośrednio sposobu zabezpieczenia dokumentów w tym dokumentację zdjęciową, co w ocenie Izby może stanowić element tajemnicy przedsiębiorstwa podlegających ochronie, gdyż ujawnienie tej dokumentacji mogłoby służyć do pozyskania informacji o potencjalnie słabych punktach tej ochrony, a w efekcie ostatecznym niweczyć skuteczność ochrony.

Izba oceniła, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera wskazanie informacji o charakterze technicznym i organizacyjnym, a także zbiorów takich informacji. Izba nie znalazła podstaw do uznania, że informacje te są informacjami powszechnie dostępnymi czy znanymi. Nie wnioskowano o dopuszczenie dowodu na te okoliczności. Izba ustaliła, że przystępujący wykazał sposoby zachowywania informacji w poufności załączając dowody.

Izba ustaliła, że przystępujący wskazywał na wartość gospodarczą przekazywanych zamawiającemu informacji nie tylko na gruncie tego zamówienia, ale także w odniesieniu do wpływu potencjalnego ujawnienia zastrzeżonych informacji na przyszły potencjał konkurencyjny.

Izba ustaliła, że przystępujący uzasadnił istnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, a zamawiający w części spornej prawidłowo dokonał oceny tego uzasadnienia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 - 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał istnienie przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska przystępującego, że na skutek czynności zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2021 r. - tj. odtajnienia częściowego pisma z dnia 5 lipca 2021 r. odwołujący utracił interes w popieraniu odwołania. Izba przede wszystkim ustaliła, że odwołujący kwestionował czynność zamawiającego polegającą na ocenie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości pisma przystępującego z dnia 5 lipca 2021 r. wraz z załącznikami. W wyniku czynności z dnia 17 sierpnia 2021 r. nie doszło do zadośćuczynienia interesowi odwołującego, nadal część informacji zawartych w piśmie z dnia 5 lipca 2021 r. oraz wszystkie załączniki pozostały niejawne dla odwołującego, tym samym miał on interes w dalszym popieraniu odwołania. Miał on ten interes tym bardziej, że zamawiający podtrzymał czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 30 lipca 2021 r. Należy wziąć pod uwagę, że to właśnie wybór oferty najkorzystniejszej z tego właśnie dnia, pozbawiał odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Jak już Izba wskazywała w ustaleniach stanu faktycznego postępowanie to uporządkowany ciąg czynności zakończony wyborem oferty najkorzystniejszej w celu zawarcia umowy. Zatem nie jest bez znaczenia w jakiej kolejności zamawiający podejmuje czynności. Jeśli zatem zmienia lub dokonuje czynności, którą obowiązany był podjąć przed wyborem oferty najkorzystniejszej, to powinien uchylić cały ciąg czynności następujący po czynności zmienianej lub zaniechanej, w tym, wybór oferty najkorzystniejszej. Uporządkowanie czynności w toku postępowania służy realizacji zasady przejrzystości postępowania. Izba nie kwestionuje prawa zamawiającego do dokonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w toku procedury odwoławczej (oczywiście za wyjątkiem zawarcia umowy), jednak zamawiający nie może tych czynności podejmować dowolnie, ale powinien je dokonywać zgodnie z przepisami ustawy. Nie może najpierw zarządzić aukcji, a potem zbadać

przesłanki odrzucenia. Natomiast w badanej sprawie zamawiający ponowił czynność badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy nie uchylając czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Oznacza to, że odwołujący tylko w bieżącym postępowaniu odwoławczym mógł wykazać interes w uzyskaniu zamówienia, bo tylko w tym postępowaniu wadliwość czynności oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa miała wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej i jego ewentualne uchylene. W potencjalnym odwołaniu na czynność odtajnienia z dnia 17 sierpnia 2021 r. odwołujący nie mógłby się domagać uchylene wyboru oferty najkorzystniejszej związanego z czynnością odtajnienia i częściowego udostępnienia pisma z dnia 5 lipca 2021 r., gdyż zamawiający nie ponowił wyboru. Tym samym podtrzymywanie odwołania w tym zakresie leżało w interesie odwołującego. Co więcej Izba dostrzega, że wykazanie interesu przy zaskarżeniu czynności zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2021r. nie powiązanej z ponownym wyborem oferty najkorzystniejszej, mogłoby być ocenione negatywnie.

Izba nie podziela poglądu zamawiającego i przystępującego, że odwołujący nie kwestionował wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby czynność badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jedną z czynności prowadzącą do ustalenia wyniku postępowania, którym jest wybór oferty najkorzystniejszej. Co więcej prawidłowość przeprowadzenia tej czynności przez zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Od wyniku oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zależy bowiem to jaki jest udział wykonawców w kontroli czynności podejmowanych przez zamawiającego, w tym kontroli prawidłowości wyboru. Od tego czy jest on pełny, bo wykonawca ma dostęp do całości informacji gromadzonych w postępowaniu, czy też ograniczony z uwagi na prawidłowo zweryfikowaną potrzebę ochrony informacji, zależy realizacja prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Mając powyższej na uwadze Izba oceniła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowej sprawie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy w zw.

z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r.

(dalej: „uznk”) przez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do tych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „FB Serwis”), mimo że zastrzeżone przez niego informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa

Zarzut nie potwierdził się. Jak wynika z ustaleń Izby informacje zastrzeżone przez przystępującego w zakresie nieodtajnionym przez zamawiającego wypełniają przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy, a przystępujący przedstawił zamawiającemu uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazał, że podjął czynności zmierzające do zachowania ich w poufności. Tym samym w ocenie Izby odmowa odwołującemu dostępu do informacji wynikających z pisma przystępującego z dnia 5 lipca 2021 r. w zakresie nieodtajnionym pismem z dnia 17 sierpnia 2021 r. była prawidłowa. Tym samym odwołanie należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z

dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt.

rozporządzenia obciążając kosztami uiszczony wpisu odwołującego. Zamawiający nie poparł wniosku o zasądzenie kosztów dowodami w postaci rachunków, tym samym Izba nie znalazła podstaw do ich zasądzenia.

Przewodniczący:.....

