

WYROK

z dnia 31 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2022 roku przez Wykonawcę Medikol Solution sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie przy udziale Wykonawcy SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu w Olsztynie:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 42, 76, 85, 102, 108, 127, 129, tj. oferty Wykonawcy SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,
 - 1.2. odtajnienie całości wyjaśnień ceny z dnia 25 lutego 2022 r. Wykonawcy SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w zakresie części 42, 76, 85, 102, 108, 127, 129 zamówienia;
 - 1.3. udostępnienie Odwołującemu - Medikol Solution sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny skierowanego do Przystępującego - SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Medikol Solution sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty Medikol Solution sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego - Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie na rzecz Odwołującego - Medikol Solution sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze 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 674/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego mające za przedmiot usługę serwisu technicznego urządzeń medycznych (znak postępowania: DZPZ/333/47UEPN/2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/S 233-613976.

W dniu 1 marca 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

W dniu 10 marca 2022 r. Wykonawca Medikol Solution Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy

Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę SK-MED mimo, że ww. Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2. naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę SK-MED mimo, że wyłącznie dowody załączone do wyjaśnień mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co uniemożliwiło postawienie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wybranej oraz brak udostępnienia Odwołującemu pełnej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą SK-MED, w tym wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 1 marca 2022 r. w zakresie części 42, 76, 85, 102, 108, 127, 129 postępowania;
2. powtórzenia czynności oceny i badania ofert w zakresie części 42, 76, 85, 102, 108, 127, 129 postępowania;
3. odtajnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy SK-MED z dnia 25 lutego

2022 r. zawierających informacje w zakresie składników cenotwórczych oraz sposobu wycenienia cen usługi serwisu w zakresie części 42, 76, 85, 102, 108, 127, 129 postępowania za wyjątkiem dowodów (faktur, umów) załączonych do wyjaśnień;

4. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej po przeprowadzeniu ww. czynności z uwzględnieniem odtajnienia wyjaśnień oraz rzetelnej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co w konsekwencji - prowadziłyby do konieczności odrzucenia oferty wykonawcy SK-MED w zakresie części 42, 76, 85, 102, 108, 127, 129 postępowania.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący przedstawił stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazując m.in., że pismem z dnia 25 lutego 2022 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu złożył wyjaśnienia w zakresie ceny, których treść zastrzegł w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym:

- koszt robocizny;
- koszt materiałów eksploatacyjnych;
- koszt dojazdu;
- informacje na temat przyjętych kosztów ogólnozakładowych i administracyjnych oraz założonego zysku z tytułu realizacji zamówienia;
- informacje na temat wyjątkowo korzystnych warunków świadczenia usługi, dostępnych wykonawcy
- dowody załączone do wyjaśnień.

Odwołujący podniósł także, że Przystępujący praktykę utajniania wyjaśnień składanych w zakresie ceny stosuje również w innych postępowaniach, w których składane przez niego oferty podlegają odrzuceniu z uwagi na cenę rażąco niską.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że „(...) utajnienie wszystkich informacji kluczowych do oceny czy zaoferowane ceny wykonania usługi serwisu technicznego skomplikowanych i zaawansowanych technicznie urządzeń medycznych - wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, są rażąco niskie - uniemożliwia Odwołującemu analizę oferty wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożenia oferty

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i niezgodności treści oferty z warunkami

4

zamówienia - co skutkuje brakiem możliwości sformułowania zarzutów w tym zakresie”.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący odniósł się do przedmiotu zamówienia wskazując na jego specyfikę wyrażającą się w tym, że usługą serwisu objęte są urządzenia służące do ratowania życia i zdrowia. Odwołujący wskazał też zestawienie cen zaoferowanych w ramach kwestionowanych części zamówienia: części 42, 76, 85, 102, 108, 127 oraz 129.

Następnie Odwołujący wskazał, że „(...) uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z dn. 25. 02. 2022 r. ma charakter ogólnikowy i sztampowy. Uzasadnienie ma charakter ogólny i nieskonkretyzowany do przedmiotowego zamówienia. Ze względu na ogólny charakter analogiczne uzasadnienie mogłoby być sporządzone i złożone przez wykonawcę SK-MED w jakimkolwiek innym postępowaniu, i w odniesieniu do jakichkolwiek innych informacji. Zdaniem Odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia jest powieleniem uzasadnień złożonych w poprzednio prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Znamienne jest, że w uzasadnieniu zastrzeżenia nie ma mowy o urządzeniach medycznych względnie wyrobach medycznych, pracy inżynierów serwisu ani o częściach zamiennych - natomiast użyto samych ogólnikowych pojęć typu „materiały”, „pracownicy”, „szczegółowa kalkulacja”, „know-how” - które mogą „pasować” również do uzasadnienia zastrzeżenia w innej branży niż medyczna. W uzasadnieniu jest też m.in.

mowa o realizacji „robót” przez wykonawcę SK-MED :

dalszej działalności na rynku. Z uwagi na to, że Wykonawca działa na terenie całej Polski i realizuje roboty w dość wąskiej specjalizacji, informacje o stosowanych przez niego marżach”

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. W ocenie Odwołującego „(.) w przypadku przedmiotowego zamówienia tj. usług serwisu technicznego urządzeń medycznych - należałoby wykazać, jaką wartość gospodarczą posiada w szczególności uzasadnienie kosztów, kalkulacja cenowa, informacja o stawkach wynagrodzeń inżynierów serwisu oraz kosztach ich dojazdu do Szpitala, koszcie zakupu nowych, oryginalnych części dedykowanych do aparatów będących przedmiotem zamówienia”.

Następnie Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie wykazał szkody związanej z ujawnieniem zastrzeżonych informacji, jak również wykazał, że w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął działania w celu utrzymania ich w poufności. Odwołujący podkreślił brak załączenia dowodów.

Twierdzenia Przystępującego: „w wyniku zawartych porozumień pracownicy oraz współpracownicy wykonawcy zobowiązani są do zachowania w tajemnicy zasad współpracy

w tym sposobu kształtowania cen przez wykonawcę” Odwołujący uznał za gołosłowne.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 2 petitum odwołania Odwołujący wskazał, że załączniki do wyjaśnień w zakresie ceny mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wskazał Odwołujący, „(...) W pozostałym zakresie - informacje podane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 25. 02. 2022 r. - kluczowe do oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny - w tym uzasadnienie kosztów, kalkulacja cenowa oraz dane takie jak informacja o stawkach wynagrodzeń inżynierów serwisu oraz kosztach ich dojazdu do Szpitala, koszcie zakupu części dedykowanych do aparatów będących przedmiotem zamówienia - nie stanowią informacji, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk (.).

(.) struktura kosztów w przypadku niniejszej usługi serwisowej ma charakter standardowy. W tym przypadku nie występuje więc możliwość powoływania się na innowacyjną metodę wykonania zamówienia, szczególne „know-how” dostępne wyłącznie wykonawcy SK-MED, którego ujawnienie mogłoby narazić tego wykonawcę na szkodę. (.)”.

Następnie Odwołujący wskazał, że „(.) w przypadku przedmiotowego zamówienia - wyłącznie dowody dołączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy SK-MED - zawierające dane identyfikujące dostawców, kooperantów wykonawcy - mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast — prosta informacja o czynnikach cenotwórczych, które wykonawca bierze pod uwagę przy wycenie oferty - nie może zawierać - jak twierdzi wykonawca SK-MED - „całego know-how” tego wykonawcy. Ponadto - takie zestawienie ma charakter jednorazowy - dostosowany do wymagań Zamawiającego określonych w niniejszym postępowaniu i nie może być w identycznej postaci wykorzystany w innych postępowaniach.”

W dalszej kolejności Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Następnie Odwołujący wskazał, że w toku przedmiotowego postępowania Zamawiający naruszył przepis art. 74 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym, w tym wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny pomimo składania przez Odwołującego wniosków o jego udostępnienie.

Pismem z dnia 25 marca 2022 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał, że w dniu 24 marca 2022 r. Przystępujący przesłał informację o odtajnieniu treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający wobec czynności podjętej przez Przystępującego, przekazał Odwołującemu wcześniej utajnione dokumenty w dniu 25 marca 2022 r. Zamawiający wskazał, że wobec

powyższego zarzuty odwołania nie mają miejsca i wnioś o umorzenie postępowania odwoławczego.

Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył odtajniony dokument - pismo Przystępującego z dnia 25 lutego 2022 r. stanowiące odpowiedź na wezwanie z dnia 22 lutego 2022 r. W treści odtajnionego dokumentu utajnione pozostały takie informacje jak elementy cenotwórcze, koszty wynagrodzeń pracowników, koszty pracy sprzętu, wysokość zysku oraz poszczególne koszty materiałów i usług.

W treści pisma z dnia 25 lutego 2022 r. stanowiącej odpowiedź na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny Przystępujący zawarł uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym wskazał, co następuje:

„(...) zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zastrzeżenie, iż nie może być ona ujawniana wynika z tego, iż przekazywane dane stanowią całe nasze know-how oraz wprost wskazują czynniki cenotwórcze, które bierzemy pod uwagę przy kształtowaniu oferty i które stanowią o naszej przewadze konkurencyjnej. Podanie ich do wiadomości naszym konkurentom uniemożliwi nam dalsze konkurowanie z nimi albowiem będą wiedzieli, jak sporządzamy naszą ofertę, co pozwoli im na uzyskanie przewagi w tym zakresie. Jednocześnie wskazujemy, że informacje te znane są tylko osobom ze strony wykonawcy, które uprawnione są do sporządzania ofert, tj. współudziałowcom, którzy są jednocześnie członkami zarządu. Natomiast w przypadku zawierania umów o współpracy z jakimikolwiek osobami wspierającymi działania wykonawcy osoby te nie uzyskują wiedzy na temat struktury i sposobu kształtowania cen przez wykonawcę. Ponadto w wyniku zawartych porozumień pracownicy oraz współpracownicy wykonawcy zobowiązani są do zachowania w tajemnicy zasad współpracy w tym sposobu kształtowania cen przez wykonawcę. Dodatkowo wskazujemy, iż zarówno kalkulacje oraz nasze know-how w postaci wiedzy i doświadczenia zabezpieczamy na komputerach chronionych hasłami przed dostępem osób niepowołanych. Jedynymi osobami mającymi do nich stały dostęp są współudziałowcy, którzy są jednocześnie członkami zarządu. Co ważne - zastrzeżone informacje stanowią informacje, które posiadają wartość gospodarczą. Informacje te, a zwłaszcza fakt współpracy z danymi pracownikami i uzgodnione z nimi warunki cenowe, nie były i nie są ujawnione do wiadomości publicznej. Wykonawca podjął w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wyjaśniając powyższe Wykonawca wskazuje bowiem, że przedstawione powyżej informacje o kosztach zakupu materiałów, są niewątpliwie informacjami posiadającymi wartość gospodarczą. Dzięki tym informacjom Wykonawca jest w stanie prowadzić działalność gospodarczą i realnie konkurować z innymi podmiotami prowadzącymi działalność na tym rynku. Ich ujawnienie mogłoby narazić Wykonawcę na poważną szkodę majątkową. Dlatego, że podmioty konkurencyjne mogłyby

wykorzystać nabyte w ten sposób know-how i próbować zaopatrywać się u tego samego dostawcy.

Informacje o współpracy z dostawcami lub pracownikami, a tym bardziej o warunkach handlowych tej współpracy, nie są podawane do publicznej wiadomości, w szczególności nie są przedstawiane w sprawozdaniach finansowych składanych do akt rejestrowych. Dane o pracownikach oraz ich wynagrodzeniu są szczególnie istotne z uwagi na to, że poznanie ich przez konkurencję może umożliwić jej „podkupywanie” pracowników. Jak natomiast wskazaliśmy powyżej posiadany zespół i jego doświadczenie stanowi istotny element wpływający na konkurencyjność naszej oferty. Nadto sposób kalkulacji ceny i zysków również wprost wynika z przyjętej przez nas struktury zatrudnienia.

Również informacja o wysokości skalkulowanego zysku ma istotne znaczenie pod kątem naszej działalności na rynku. Z uwagi na to, że Wykonawca działa na terenie całej Polski i realizuje roboty w dość wąskiej specjalizacji, informacje o stosowanych przez niego marżach wprost ułatwią jego konkurentom przewidywanie jego potencjalnych ofert, co może rzutować na możliwości uzyskiwania zamówień. Ma to szczególne znaczenie w przypadku oferentów, którzy stosują marże wyższe niż Wykonawca, gdyż dzięki znajomości marży Wykonawcy wiedzieć będą jakie obniżenie ich marży pozwoli na złożenie oferty korzystniejszej cenowo niż oferta Wykonawcy.

Oferent podjął również odpowiednie działania w celu zachowania tych informacji w poufności, w szczególności dokumenty w formie papierowej zawierające takie informacje przechowywane są w zamkniętych szafach i dostęp do nich mają tylko upoważnione osoby tj. właściciele i wyjątkowo inne osoby jeżeli wyniknie taka potrzeba. Informacje zawarte w dokumentach w formie elektronicznej przechowywane są w bazach danych, do których dostęp ograniczony jest tylko do upoważnionych osób, które w celu dostępu do tych baz muszą posłużyć się odpowiednimi danymi dostępowymi. Informacje z tych baz (papierowych i elektronicznych) udostępniane są z zastrzeżeniem ich poufności. Są to więc informacje chronione przed dostępem osób nieupoważnionych.

Jednocześnie wskazuję, że informacje, które zostały obecnie zastrzeżone, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, albowiem są to informacje przedstawiające bardzo szczegółowy sposób kalkulacji oferty, co w sytuacji, gdy wykonawcy mieli dowolność w jego sporządzeniu stanowi o naszej przewadze konkurencyjnej i ujawnienie tych informacji pozbawi nas tejże przewagi w kolejnych postępowaniach, w których będziemy brali udział i będziemy konkurować z wykonawcami uczestniczącymi w tym postępowaniu. Zgodnie z orzecznictwem KIO za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać przedstawioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku. Ponadto tekst wyjaśnień jest skondensowany i istotne informacje o strategii firmy obrazujące jej działalność na rynku pojawiają się w różnych jego częściach, przez co nie jest możliwe ujawnienie fragmentu wyjaśnień bez zdradzania treści poufnych. Co ważne - zaoferowane przez nas materiały oraz sposób świadczenia usługi zostały przez nas indywidualnie dobrane pod potrzeby zamawiającego. Każdy z wykonawców składających oferty w postępowaniu miał w tym zakresie całkowitą swobodę, co oznacza, że konkurencyjność ofert opiera się właśnie na rodzaju i sposobie dobranych rozwiązań w zakresie sposobu realizacji umowy. Skutkuje to koniecznością szczególnej ochrony tych informacji."

W dalszej części uzasadnienia Przystępujący wskazał, że zastrzeżone przez niego informacje spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto Przystępujący stwierdził, że zasadność powyższych twierdzeń jest potwierdzona orzecznictwem KIO, którego tezy przytoczył.

Odwołujący pismem z dnia 28 marca 2022 r. złożył stanowisko na piśmie, w którym podtrzymał w całości zarzuty i żądania odwołania. Wskazał, że Zamawiający nie dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 42, 76, 85, 102, 108, 127, 129 z dnia 1 marca 2022 r., co uniemożliwia umorzenie postępowania odwoławczego. Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu całości wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny, o jakie wnioskował Odwołujący. Odwołujący wskazał, że Zamawiający udostępnił wyjaśnienia z zakrytymi fragmentami zawierającymi kwoty przyjęte przez Przystępującego na potrzeby złożenia wyjaśnień.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu pełnej korespondencji z Przystępującym - w tym wystosowanego do Przystępującego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podniósł, że ewentualne udostępnienie części wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny nie czyni zadość przedmiotowi odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska złożone na piśmie oraz wyrażone ustnie na

rozprawie i odnotowane w protokole, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstawy do umorzenia postępowania z uwagi na fakt, że nie ziszcila się żadna z przesłanek wskazanych w przepisie art. 568 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że okoliczności wskazane w odwołaniu pozostają sporne między stronami w zakresie, w jakim część wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego pismem z dnia 25 lutego 2022 r. nie została odtajniona oraz co do żądania Odwołującego dotyczącego nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 42, 76, 85, 102, 108, 127, 129, tj. oferty Wykonawcy SK-MED Systems Sp. z o.o.

Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego. Izba uznała, że Odwołujący, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu m.in. na części 42, 76, 85,

102, 108, 127 i 129 zamówienia posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w przepisie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu w ramach ww. części, a w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Izba ustaliła, że - jak wynika z protokołu postępowania - druk ZP-PN - Zamawiający w toku przedmiotowego postępowania zastosował procedurę, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem z uwagi na fakt, że oferty nie zostały ocenione w sposób ostateczny, nie można było wykluczyć realnej możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego w sytuacji uwzględnienia odwołania przez Izbę, co dałoby Odwołującemu możliwość kwestionowania ofert wybranych jako najkorzystniejsze, co z kolei w efekcie mogłoby doprowadzić do uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia w kwestionowanych częściach.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

W ocenie Izby zasadne są i zasługują na uwzględnienie zarzuty podniesione w odwołaniu, tj. zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę SK-MED mimo, że ww. Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę SK-MED mimo, że wyłącznie dowody załączone do wyjaśnień mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co uniemożliwiło postawienie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wybranej oraz brak udostępnienia Odwołującemu pełnej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą SK-MED, w tym wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny.

Z uwagi na fakt, że Zamawiający przekazał Odwołującemu odtajnioną częściowo treść wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny, toteż Izba uznała, że orzekanie w przedmiocie już odtajnionej części wyjaśnień Przystępującego jest bezprzedmiotowe. Co do części wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego pismem z dnia 25 lutego 2022 r., która pozostała utajniona poprzez zaczernienie fragmentów pisma Izba podzieliła stanowisko Odwołującego wyrażające się w uznaniu, że Przystępujący nie wykazał, by zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny istotny dla rozstrzygnięcia.

Pismem z dnia 22 lutego 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny.

W treści wezwania Zamawiający wskazał m.in.:

działając na podstawie art. 224 ust.1 pkt.2 ppkt.1 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywa Państwa do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty w zakresie zaoferowanej usługi serwisu technicznego urządzeń medycznych. W powyższym zakresie cena oferty złożonej w poszczególnych częściach (tj.: 42, 76, 85, 102, 108, 127, 129) jest niższa o 30 % od wartości zamówienia. Wobec powyższego cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwość Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w zakresie następujących części zamówienia 42, 76, 85, 102, 108, 127, 129.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył pismo z dnia 25 lutego 2022 r. stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 lutego 2022 r. w zakresie rażąco niskiej ceny z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Pierwotnie dokument ten został zastrzeżony w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa - Przystępujący wskazał, że cała treść wyjaśnień oraz załączników do nich stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W toku postępowania odwoławczego Zamawiający przekazał

Odwolującemu ww. wyjaśnienia w wyniku uzyskania od Przystępującego informacji o odtajnieniu ich treści.

Co istotne, w treści odtajnionego dokumentu utajnione poprzez zastosowanie zaczerpnienia fragmentów tekstu pozostały takie informacje, jak: elementy cenotwórcze, koszty wynagrodzeń pracowników, koszty pracy sprzętu, wysokość zysku oraz poszczególne koszty materiałów i usług.

W treści pisma z dnia 25 lutego 2022 r. stanowiącej odpowiedź na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny Przystępujący zawarł uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, którego treść została przytoczona w pierwszej części uzasadnienia niniejszego wyroku.

Izba ustaliła jednocześnie, że do pisma Przystępującego z dnia 25 lutego 2022 r. nie zostały dołączone załączniki.

Tytułem wstępu wskazać należy, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl przepisu art. 18 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z treścią ustępu 3. ww. przepisu 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.

W tym miejscu dostrzec należy, że naczelną zasadą systemu zamówień publicznych jest wyrażona w przepisie art. 18 ust. 1 ustawy Pzp zasada jawności, która ograniczenia może doznać wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Wyjątkiem od niej jest objęcie niejawnością informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na warunkach określonych w przepisie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, czyli pod warunkiem wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 stycznia 2022 r. (sygn. akt KIO 18/22), (...) Nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy nałożyła na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Rozwiązanie takie zostało utrzymane w obecnie obowiązującym stanie

prawnym. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostął udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie.

Izba uznała, że kluczowym dla oceny skuteczności zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest zbadanie, czy wykonawca wykazał skuteczność zastrzeżenia wraz z przekazaniem takich informacji kierując się przesłankami, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który wskazuje na łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa:

1. informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający 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. uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Podkreślenia przy tym wymaga, że badaniem Izby jest objęta leżąca po stronie

Zamawiającego czynność polegająca na dokonaniu oceny uzasadnienia faktycznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez wykonawcę. Co istotne, Izba nie bada tego, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie zadaniem Zamawiającego jest rozstrzygnięcie, czy wykonawca w sposób należyty uargumentował zasadność zastrzeżenia informacji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba podzieliła stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu i uznała, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Przystępującego SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu nie jest skuteczne z uwagi na fakt, że nie zostały spełnione przesłanki wskazane w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba zwróciła uwagę na fakt, że uzasadnienie złożone przez Przystępującego SK-
13

MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu sprowadza się w przeważającej mierze do deklaracji dotyczących spełnienia przesłanek określonych w ww. przepisie oraz przedstawienia twierdzeń o charakterze na tyle ogólnym, że nie mogą one stanowić podstawy do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wyłączenia zasady jawności.

W odniesieniu do konieczności wykazania, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą dla wykonawcy Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Przystępujący nie wykazał, by informacje objęte zastrzeżeniem miały wartość gospodarczą. Przystępujący swoją argumentację ograniczył do wskazania w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że „(...) przekazywane dane stanowią całe nasze know-how oraz wprost wskazują czynniki cenotwórcze, które bierzemy pod uwagę przy kształtowaniu oferty i które stanowią o naszej przewadze konkurencyjnej. Podanie ich do wiadomości naszym konkurentom uniemożliwi nam dalsze konkurowanie z nimi, albowiem będą wiedzieli, jak sporządzamy naszą ofertę, co pozwoli im na uzyskanie przewagi w tym zakresie”. Przystępujący wskazał także, że „(...) zastrzeżone informacje stanowią informacje, które posiadają wartość gospodarczą”.

Izba ww. twierdzenia oceniła jako ogólne deklaracje, które cechuje lakoniczność i ogólnikowość. Przystępujący nie powołał się przy tym na żadne konkretne metody sporządzania kalkulacji cenowej czy też sposobu realizacji zamówienia ani też na żadną inną okoliczność, która uzasadniałaby odstąpienie od zasady jawności postępowania w odniesieniu do zastrzeżonych informacji. Przystępujący nie wskazał na czym miałby polegać „szczegółowy sposób kalkulacji oferty”, który uzasadniałby objęcie tej kalkulacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie Izba dostrzegła, że Przystępujący nie wykazał, z jakich względów kalkulacja, jakiej dokonał na potrzeby przedmiotowego postępowania miałaby zostać wykorzystana przez innych wykonawców w kolejnych postępowaniach w sposób pozbawiający Przystępującego przewagi konkurencyjnej. Przystępujący w ocenie Izby nie wykazał także, by specyfika i wyjątkowość branży, w której działa mogła powodować, że ujawnienie informacji o wysokości skalkulowanego zysku w ramach tego postępowania o udzielenie zamówienia mogło wiązać się dla niego z ryzykiem utraty przewagi konkurencyjnej i poniesieniem szkody.

Przystępujący powołał się w treści uzasadnienia zastrzeżenia na fakt, że zgodnie z orzecznictwem Izby szczegółowa kalkulacja kosztów i przyjęta przez wykonawcę metodologia wyliczenia ceny mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak pominął fakt, że koniecznym do tego warunkiem jest należyte uzasadnienie zastrzeżenia informacji i wykazanie zaistnienia przesłanek, o których mowa w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czemu w ocenie Izby Przystępujący w

okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy nie sprostał.

W odniesieniu do stosowanego przez Przystępującego sposobu ochrony zastrzeżonych informacji Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał, by zastrzeżone przez niego informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Przystępujący podjął niezbędne działania do zachowania tych informacji w poufności. Także w tym zakresie uzasadnienie sporządzone przez Przystępującego sprowadza się do ogólnych deklaracji i oświadczeń Przystępującego, na podstawie których nie można dopuścić do ograniczenia zasady jawności postępowania.

Dodatkowo Izba zwróciła uwagę, że próba wykazania zaistnienia żadnej z przesłanek

warunkujących możliwość zastrzeżenia informacji nie została udowodniona - Przystępujący nie złożył żadnego dowodu służącego wykazaniu złożonych przez niego w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa deklaracji i twierdzeń.

Tymczasem, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 listopada 2020 r., (sygn. akt: KIO 2290/20), „(...) Kwestia poparcia zastrzeżenia dowodami ma niewątpliwie niezwykle istotne znaczenie dla oceny skutecznego wykazania przez wykonawcę posiadania przez określone informację waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób uznać, że wykonawca dokonał wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie podniesionych twierdzeń, a przedstawienie tego rodzaju dowodów nie stanowiło dla wykonawcy żadnych trudności - tak jest w szczególności, gdy chodzi o dowody na potwierdzenie podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności (...)”.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, który wskazał, że twierdzenia Przystępującego zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia, nieoparte żadnymi dowodami, są całkowicie gołosłowne. W ocenie Izby Odwołujący słusznie zauważył, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Przystępującego ma na tyle ogólny i nieskonkretyzowany charakter, że mogłoby zostać złożone w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do innych informacji. Tymczasem Izba zauważa, że do skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest złożenie konkretnych wyjaśnień o zindywidualizowanym charakterze, wykazujących zaistnienie wszystkich przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby Przystępujący SK-MED SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do podniesionej przez Odwołującego kwestii zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w zakresie ceny podczas, gdy to wyłącznie dowody załączone do wyjaśnień mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wskazać należy, że Izba nie kwestionuje możliwości zastrzeżenia zbioru informacji, jednak jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 18/22 „(...) skorzystanie z tej możliwości wymaga wykazania, że jest to zbiór tak unikatowych informacji, że jako całość zasługuje na ochronę”.

Tymczasem w przedmiotowym stanie faktycznym, jak słusznie wskazał Odwołujący, Zamawiający nie powinien w sposób bezkrytyczny przyjmować uzasadnienia opartego na twierdzeniu, że „(...) tekst wyjaśnień jest skondensowany i istotne informacje o strategii firmy obrazujące jej działalność na rynku pojawiają się w różnych jego częściach, przez co nie jest możliwe ujawnienie fragmentu wyjaśnień bez zdradzania treści poufnych”. Przystępujący w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy nie wykazał skuteczności zastrzeżenia treści wyjaśnień udzielonych w zakresie ceny. Nie pozwala na to złożone przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia oparte na ogólnych twierdzeniach i gołosłownych deklaracjach. Bez wpływu na ocenę prawną przedmiotowej sytuacji pozostaje fakt, że część wyjaśnień w zakresie ceny została odtajniona i przekazana Odwołującemu, gdyż Odwołujący żądał odtajnienia treści wyjaśnień w całości.

W odniesieniu do zarzutu braku udostępnienia Odwołującemu wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do Przystępującego w zakresie ceny rażąco niskiej Izba ustaliła, że na etapie postępowania odwoławczego Zamawiający nie wykazał, by kwestionowany dokument został Odwołującemu udostępniony. W szczególności nie dowodzą tego złożone w toku rozprawy dowody - korespondencja Zamawiającego z Odwołującym w postaci pisma Odwołującego z dnia 3 marca 2022 r., pisma Zamawiającego z dnia 8 marca 2022 r., pisma Odwołującego z dnia 1 i 2 marca 2022 r., pisma Zamawiającego z dnia 2 marca 2022 r. Z uwagi na fakt, że treść kwestionowanego dokumentu może być dla Odwołującego istotna z uwagi na ewentualne zapewnienie prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie kwestionowania ceny zaoferowanej przez Przystępującego, Izba postanowiła nakazać Zamawiającemu udostępnienie Odwołującemu wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny skierowanego do Przystępującego SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodniczący:

17

Zob.: wyrok KIO z dnia 31.08.2018 r., sygn. KIO 1618/18.