Sygn. akt: KIO 2194/22

WYROK

z dnia 2 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę odwołującego AODC sp. z o.o., ul. Szyszkowa 56, 02-285 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Urząd Komunikacji Elektronicznej, ul. Giełdowa 7/9, 01-211 Warszawa,

przy udziale wykonawcy CPD System sp. z o.o., ul. Skorupki 13, 05-220 Zielonka, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę CPD System sp. z o.o. i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie ww. wyjaśnień wraz z załącznikami oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Urząd Komunikacji Elektronicznej, ul. Giełdowa 7/9, 01-211 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Skarb Państwa - Urząd Komunikacji Elektronicznej, ul. Giełdowa 7/9, 01-211 Warszawa, na rzecz odwołującego: AODC sp. z o.o., ul. Szyszkowa 56, 02-285 Warszawa, kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) 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 2194/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - Urząd Komunikacji Elektronicznej, ul. Giełdowa 7/9, 01-211

Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług utrzymania, serwisowych, konserwacyjnych oraz przeglądów okresowych systemów i urządzeń infrastruktury technicznej i teleinformatycznej, zamontowanych w CPD PLI CBD", numer referencyjny: BA.WZP.26.20.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.06.2022 r., nr 2022/S 107-299183.

Pismem z dnia 12.08.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy CPD System sp. z o.o.

W dniu 22.08.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy AODC sp. z o.o., ul. Szyszkowa 56, 02-285 Warszawa (dalej: „odwołujący"), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 oraz art. 74 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: „uznk") poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez CPD System sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (pisma zamawiającego z dnia 8 lipca i 28 lipca), pomimo że zastrzeżone przez tego wykonawcę informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego utajnienia,

2) ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu związanego z zaniechaniem odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny - art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CPD System sp. z o.o., mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez CPD System sp. z o.o., mimo iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 ust. 1-3 ustawy Pzp.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentów złożonych przez CPD.

1. W dniu 8 lipca 2022 roku, Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, wezwał CPD do „złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę". Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedłożył wyjaśnienia w dniu 13 lipca 2022 r. zastrzegając je w części jako tajemnica przedsiębiorstwa, przy czym Zamawiający, nie przekazał Odwołującemu kompletnych wyjaśnień ani też uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. (...)
W dokumentacji postępowania znajduje się także drugie wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 28 lipca 2022 r. do uzupełnienia wyjaśnień dot. ceny, przy czym Zamawiający w ogóle nie udostępnił wyjaśnień CPD złożonych w odpowiedzi na to wezwanie. (...)

9. Odwołujący, z oczywistych względów, nie ma pełnej możliwości zweryfikowania czy CPD w sposób prawidłowy dokonał zastrzeżenia, ponieważ wyjaśnienia tajemnicy do wyjaśnień ceny (jeżeli się w nich znajdują) nie zostały mu udostępnione w jakimkolwiek zakresie. Niemniej jednak należy wskazać, że jeżeli wyjaśnienia tajemnicy są ogólne, nie odnoszą się do konkretnych informacji, są lakoniczne, nie wykazują zaistnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk lub nie zostały do nich dołączone dowody na potwierdzenie zasadności

utajnienia, dokonane przez CPD zastrzeżenie powinno być uznane za nieskuteczne. Nie jest zasadne ani prawidłowe zastrzeganie dokumentu tylko dlatego, że może zawierać potencjalnie informacje poufne, bowiem na gruncie PZP wykonawca powinien jeszcze dołożyć staranności i wykazać zasadność takiej tezy. (...)

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny - zarzut ewentualny.

1. Tak jak wyżej wskazano, Odwołującemu nie zostały udostępnione załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawione przez CPD w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Powyższe uniemożliwia Odwołującemu szczegółowe odniesienie się do wyjaśnień CPD i argumentacji w nich przedstawionej. Niemniej jednak w przypadku oddalenia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia oferty CPD w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz biorąc pod uwagę, że wartość wynagrodzenia wynikająca z zaoferowanej przez CPD oferty jest wyraźnie zaniżona, to powinno prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

2. Zamawiający w wezwaniu z dnia 8 lipca 2022 r. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że żąda przedłożenia wyjaśnień wraz z dowodami, jak również wskazał, iż „wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny uwzględniać aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości, co do prawidłowego i rzetelnego jej wyliczenia. Zasadne jest, aby złożone wyjaśnienia byty odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaoferowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca powinien wyjaśnić, czy zaoferowana cena została określona z należytą starannością i czy gwarantuje ona wykonanie zamówienia w sposób rzetelny. Wykonawca winien przedstawić odpowiednie wyliczenia, katalogi lub inne dowody, które potwierdzają realność i rzetelność zaoferowanej ceny. Wykonawca powinien odnieść się do każdego z punktów wskazanych w piśmie". (...)

6. Odnosząc się do wyjaśnień z dnia 13 lipca 2022 r. w części jawnej, udostępnionej

Odwołującemu, należy wskazać, iż wyjaśnienia te w żaden nie spełniają wymogów określonych w przepisach Pzp ani nie czynią zadość wymogom wezwania Zamawiającego.
a) CPD w pierwszej kolejności polemizuje z zasadnością wezwania wskazując, że 30% różnicy od średniej arytmetycznej nie uzasadnia wezwania i że ustawodawca powinien ją podwyższyć do 50% (sic!). Innymi słowy w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawia uwagi de lege ferenda. Jedyną prawną możliwością kwestionowania wezwania w trybie art. 224 ust. 1 Pzp jest wniesienie odwołania do KIO. W sytuacji, w której wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień i nie zakwestionował ich w sposób skuteczny, to tym samym powstało domniemanie, że cena CPD jest rażąco niska.

b. Jako okoliczności uzasadniające możliwość zaoferowania ceny niższej niż obecne wynagrodzenie, które otrzymuje realizując te same usługi wskazał, iż:

- Nie posiada działów „typu administracja, IT, prawny itp." - okoliczność ta jednak w żaden sposób nie przekłada się na możliwość zaoferowania niższej ceny. To, że wykonawca nie posiada ww. działów nie oznacza, że nie potrzebuje usług o tym charakterze - co więcej, często okazuje się, że outsourcing usług jest znacznie droższym rozwiązaniem. Brak ww. działów nie oznacza bowiem, iż wykonawca nie potrzebuje usług administracji czy prawnych. Przeciwnie, takie stwierdzenie oznacza, że wykonawca nie wkalkulował w cenę kosztów pośrednich związanych z realizacją zamówienia, a co najmniej nie udowodnił w jaki sposób przełożyło się to na obniżenie ceny.

- Posiada wieloletnie doświadczenie - także w tym przypadku okoliczność ta nie ma przełożenia na wysokość kosztów jakie wykonawca musi ponieść. Doświadczenie ma znaczenie przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Poza wszystkim CPD nie wykazało, o ile i w jaki sposób to doświadczenie, które posiada przełożyło się na oszczędności.

- Analogicznie kwestie wyposażenia serwisantów w pojazdy nie jest okolicznością nowatorską a raczej powszechną praktyką spotykaną na rynku, a co za tym idzie w żaden sposób nie przekłada się na obiektywne przesłanki do obniżenia ceny.

- „zapytał swoich Kontrahentów w tym m.in. firmę Rittal (producenta komory Lampertz) i otrzymała ofertę" (zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa), a koszt ten został ujęty w kalkulacji (także zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa). Zgodnie z pkt 10.9.2 Opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał w zakresie dot. Komory Lampertza serwisu dokonywanego przez podmiot posiadający autoryzację producenta oraz odpowiedniej ilości przeglądów (4). CPD w swojej ofercie nie zadeklarował, że będzie korzystał z podwykonawców i jednocześnie z informacji, którymi Odwołujący dysponuje wynika, iż nie posiada on autoryzacji Rittal (producenta komory Lampertz) zatem uzasadnione wątpliwości budzi sposób realizacji zamówienia w tym zakresie, a także to czy CPD powierzy ten zakres

Rittal. Z uwagi na to, iż nie mamy dostępu do oferty Rittal wnosimy o przeprowadzenie dowodu z tej oferty na okoliczność wykazania, czy dotyczy konkretnych urządzeń zamontowanych u konkretnego zamawiającego (cena jest bowiem uzależnione od modelu, roku produkcji, stanu etc.) oraz czy opiewa na cały okres realizacji zamówienia (48 m-cy). W sytuacji, w której oferta ta nie obejmuje powyższych kwestii to tym samym CPD nie podołał ciężarowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Z informacji, który uzyskał Odwołujący wynika, iż Rittal (wbrew temu co twierdzi CPD) nie przedstawił oferty CPD dotyczącej urządzeń objętych Postępowaniem i na okres realizacji zamówienia. Skutkuje to także tym, że wartość przyjęta przez CPD na potrzeby realizacji tego zakresu jest zbyt mała.

c) Przedmiotem zamówienia są usługi utrzymania, serwisu i konserwacji urządzeń przez okres 48 miesięcy i do tego urządzeń nienowych, mając to na uwadze oraz doświadczenie życiowe należy dojść do wniosku, iż intensywność takich prac wzrasta, a nie maleje, a tym samym także ich koszt powinien wzrastać. CPD w żaden sposób nie wykazało okoliczności przeciwnych.

7. Zamawiający po zapoznaniu się ze złożonymi wyjaśnieniami w dniu 13 lipca 2022 r. i pomimo, że już w pierwszym wezwaniu wskazał, że wyjaśnienia powinny być sporządzone „tak aby nie pozostawiały wątpliwości, co do prawidłowego i rzetelnego jej wyliczenia" wezwał wykonawcę pismem z dnia 28 lipca powtórnie do złożenia wyjaśnień i dowodów. Ogólnikowość złożonych wyjaśnień nie może stanowić podstawy do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp. (...) Nie jest zatem zasadne ewentualne tłumaczenie CPD, iż wobec ogólnej treści wezwania nie wiedział, w którym kierunku należy sporządzić wyjaśnienia ceny - zarówno z treści wezwania, jak i z przepisów i praktyki Prawa zamówień publicznych, jasno wynika, iż wyjaśnienia mają na celu przede wszystkim wykazanie, iż zaoferowana cena pokrywa koszty realizacji zamówienia, a korzystne okoliczności właściwe Wykonawcy, uzasadniają tę różnicę. (...)

IX. CPD zobowiązany był do udowodnienia, iż zaoferowana przez niego cena ma charakter realny, znajdują odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz iż zachodzą po jego stronie obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny oferty do zaoferowanego poziomu. W ocenie Odwołującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez CPD najprawdopodobniej brak jest informacji o tym w jakie rzeczywiste koszty ponosi w związku z realizacją zamówienia. Dodatkowo, nawet jeżeli wykonawca poczynił w tym zakresie wyjaśnienia, to powinien poprzeć je wiarygodnymi dowodami potwierdzającymi możliwość uzyskania takich kosztów. Same gołosłowne wyjaśnienia w tym zakresie nie powinny być uznane za wystarczające w świetle wezwania oraz w kontekście rygorów wynikających z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp.

W związku z tym, CPD powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, odpowiadające na wszystkie wątpliwości wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości. W przypadku, gdy CPD zaniechał jednego z ww. obowiązków jego oferta powinna być odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu,

3) odtajnienia i udostępnienia odwołującemu pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonej przez CPD System sp. z o.o., ewentualnie odrzucenia oferty tego wykonawcy,

4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 25.08.2022 r. wykonawca CPD System sp. z o.o., ul. Skorupki 13, 05-220 Zielonka (dalej: „przystępujący"), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 01.09.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są usługi polegające na świadczeniu przez wykonawców wykwalifikowanej obsługi utrzymania, serwisowej, prowadzeniu prac konserwacyjnych oraz dokonywaniu okresowych przeglądów systemów i urządzeń infrastruktury technicznej i teleinformatycznej PLI CBD zamontowanych w Centrach Przetwarzania Danych Platformy Lokalizacyjno-Informacyjnej z Centralną Bazą Danych (CPD PLI CBD), zlokalizowanych w Boruczy (ok. 50 km od Warszawy) i w Siemianowicach Śląskich w okresie 48 miesięcy od dnia podpisania umowy.

W postępowaniu złożono trzy oferty:

- oferta przystępującego ceną 2 443 272,00 zł brutto,
- oferta odwołującego z ceną 3 185 700,00 zł brutto,
- oferta trzeciego wykonawcy z ceną 4 879 410,00 zł brutto.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 3 628 500,00 zł brutto.

Pismem z dnia 08.07.2022 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty.

Pismem z dnia 13.07.2022 r. przystępujący udzielił wyjaśnień wraz z dowodami, przy czym trzy załączniki do wyjaśnień: ofertę firmy Schneider, ofertę firmy Rittal oraz kalkulację ceny, zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 28.07.2022 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Pismem z dnia 01.08.2022 r. przystępujący udzielił wyjaśnień, których treść (wraz z załączonymi dowodami) zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 12.08.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Pismem z dnia 12.08.2022 r. zamawiający w odpowiedzi na wniosek odwołującego, przekazał mu dokumenty dotyczące przystępującego, z wyjątkiem tych, które uznał za zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa:

załącznik do pisma Wykonawcy z dnia 13.07.2022 r. w którym przedstawił ofertę handlową firmy Rittal i ofertę handlową firmy Schneider;

- odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 28.07.2022 r. w której zawarto rozwinięcie struktury kosztów z arkusza kalkulacji przesłanego w dniu 13.07.2022 r. z klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa";
- pierwsze trzy strony Umowy nr E/2515/PKPE/2019 zawartej w dniu 01.03.2019 r. z PKP Energetyka S.A. oraz Aneks nr 1 do Umowy nr E/2515/PKPE/2019 zawarty w dniu 03.03.2020 r. (ze względu na wskazanie m.in. kwot, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa)."

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

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

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów 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.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, jak już wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Zamawiający ocenia zatem zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem rolą zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To wykonawca ma tę zasadność wykazać i jeśli temu ciężarowi nie podoła, obowiązkiem zamawiającego jest

ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje.

Należy także podnieść, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi być złożone przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia, nie zaś dopiero w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą. Zatem argumenty, czy dowody przedstawiane na rozprawie nie mogą wpłynąć na ocenę uzasadnienia złożonego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Przechodząc do meritum niniejszej sprawy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa nawet uzasadnienie tego zastrzeżenia (jednostronicowe pismo z dnia 13.07.2022 r. podpisane w tym dniu o godz. 16.44.52), a zamawiający tego nie zakwestionował i nie udostępnił pisma odwołującemu. Tymczasem w myśl jednolitej linii orzeczniczej KIO, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wynika to choćby z powoływanego przez samego przystępującego wyroku Izby z dnia 28.12.2021 r. o sygn. akt KIO 3513/21, w którym stwierdzono: „Podkreślenia wymaga jednak, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak uczynił to Gabos. Izba wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że samo uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia nie znajduje oparcia w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem jako takie należy je

uznać za bezskuteczne". Trudno zresztą byłoby wskazać (i przystępujący nie wskazał), co w samym uzasadnieniu mogłoby mieć wartość gospodarczą i wymagać zachowania poufności, skoro uzasadnienie to służy jedynie do wykazania, dlaczego inne informacje, np. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, podlegają ochronie. Tym samym brak ujawnienia przez zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było niedopuszczalne i stanowiło naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk.

Przechodząc do kwestii zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny oferty, należy stwierdzić, że uzasadnienie przystępującego w tym zakresie ogranicza się do wskazania jako tajemnicy trzech dokumentów, tj. oferty firmy Rittal, oferty firmy Schneider i arkusza kalkulacyjnego oraz do złożenia oświadczeń, że:

- zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą, tj. tajemnicę handlową dotyczącą ww. ofert i sposobu tworzenia kalkulacji,
- zastrzeżone informacje nie były nigdy ujawniane do publicznej wiadomości,
- co do zastrzeżonych informacji przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Odnosząc się do powyższego, przede wszystkim należy podkreślić, że ww. uzasadnienie polega na złożeniu przez przystępującego oświadczeń, co - jak już wyżej stwierdzono - jest całkowicie niewystarczające wobec treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w którym wyraźnie wskazano, że wymagane jest „wykazanie". Oznacza to, że złożone przez przystępującego oświadczenia powinny być poparte odpowiednią argumentacją i dołączonymi dowodami.

Sam fakt, że przystępujący w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawił zamawiającemu oferty handlowe i arkusz kalkulacyjny, nie przesądza o tym, że są to dokumenty mające wartość gospodarczą. Przystępujący powinien takie stanowisko uzasadnić i tę wartość wykazać, podczas gdy z ww. oświadczeń wynika, że przystępujący niezasadnie przyjął, że taki rodzaj dokumentów automatycznie i w każdych warunkach ma wartość gospodarczą zasługującą na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Skutkiem takiego podejaścia jest brak w uzasadnieniu przystępującego jakiejkolwiek argumentacji, czy dowodów na to, że zastrzeżone dokumenty rzeczywiście mają wartość gospodarczą.

Z kolei uzasadniając zachowanie ww. informacji w poufności przystępujący wskazał, że wystosował indywidualne zapytanie i otrzymał indywidualną ofertę od firm Rittal i Schneider, oferty te i arkusz kalkulacyjny znają tylko 3 osoby, których umowy o pracę przewidują konieczność zachowania poufności, a w arkuszu kalkulacyjnym znajduje się cena od firmy Rittal. W związku z tym należy stwierdzić, że po pierwsze, sam fakt skierowania indywidualnego zapytania do producenta, co skutkuje otrzymaniem indywidualnej oferty (trudno zresztą wskazać, co przystępujący ma na myśli pisząc: „indywidualne" i jakie mogłyby być „nie indywidualne"), nie oznacza automatycznie, że korespondencja między przedsiębiorcami ma charakter poufny. Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na to, że zapytanie i oferty mają taki charakter, w szczególności żadna taka informacja nie znajduje się w ofertach ww. firm. Po drugie, przystępujący nie przedstawił też umów o pracę przewidujących obowiązek zachowania poufności przez konkretne osoby w zakresie zastrzeżonych w tym postępowaniu informacji. Po trzecie, w związku z niewykazaniem zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa oferty firmy Rittal, niezasadny jest też argument o zastrzeżeniu arkusza kalkulacyjnego z powodu zawarcia w nim ceny od firmy Rittal. Przy czym na marginesie należy zauważyć, że zgodnie z jednolitym orzecznictwem KIO, zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą podlegać konkretne informacje podlegające ochronie, a nie całe dokumenty zawierające takie informacje. Zatem nawet gdyby zastrzeżenie jako tajemnicy oferty firmy Rittal było zasadne, to i tak arkusz kalkulacyjny mógłby zostać objęty tajemnicą przedsiębiorstwa tylko w zakresie ceny od firmy Rittal, a nie w całości.

Z powyższego wynika, że przystępujący nie wykazał zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w sprawie ceny jego oferty, w tym wskazanych załączników do pierwszych wyjaśnień z dnia 13.07.2022 r. (oferty firmy Rittal, oferty firmy Schneider i arkusza kalkulacyjnego) oraz drugich wyjaśnień z dnia 01.08.2022 r. potraktowanych jako rozwinięcie struktury kosztów z ww. arkusza kalkulacyjnego. Tym samym brak ujawnienia przez zamawiającego tychże wyjaśnień było niedopuszczalne i stanowiło naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk.

Odnosząc się do kwestii orzecznictwa dotyczącego zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, generalnie należy zauważyć, że przed 19.10.2014 r.

obowiązywały przepisy ustawy Pzp, które nie przewidywały wymogu „wykazania” przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wymóg „wykazania” został wprowadzony dopiero ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232). Zmiany wprowadzone ww. nowelizacją zaczęły obowiązywać, jak wskazano wyżej, od 19.01.2014 r. Tym samym orzecznictwo dotyczące postępowań wszczętych przed tą datą, nie jest adekwatne do obecnie obowiązującego stanu prawnego (niezmienionego w tym zakresie, mimo wejścia w życie nowej ustawy Pzp w 2021r.).

Odnosząc się natomiast do konkretnych orzeczeń powoływanych przez przystępującego w niniejszej sprawie, należy zauważyć, że:

1) wyrok KIO 245/22 z dnia 28.02.2022 r. - dotyczył sytuacji, w której wykonawca wykazał podejmowane działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności, a zatem dotyczył sytuacji odmiennej niż w niniejszej sprawie,

2) wyrok KIO 3730/21 z dnia 17.01.2022 r. - Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa nie został wystarczająco uzasadniony w odwołaniu, stąd taka „konstrukcja zarzutu uniemożliwiła jego rozpoznanie” i dlatego został oddalony,

3) wyrok KIO 3440/21 z dnia 09.12.2021 r. - dotyczył sytuacji, w której wykonawca wykazał podejmowane działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności, a zatem dotyczył sytuacji odmiennej niż w niniejszej sprawie,

4) wyrok KIO 3513/21 z dnia 28.12.2021 r. - poza wskazaniem, że niedopuszczalne jest zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa samego uzasadnienia do zastrzeżenia tej tajemnicy, o czym wspomniano już wyżej, należy zauważyć, że wyrok ten dotyczył zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa próbki, a nie dokumentów i Izba stwierdziła w nim m.in., że zasadność objęcia tej próbki tajemnicą przedsiębiorstwa była już zweryfikowana przez KIO w innym postępowaniu odwoławczym.

Z powyższego wynika, że przywołane przez przystępującego orzeczenia albo dotyczyły innego stanu faktycznego, tj. sytuacji, gdy wykonawcy wykazywali zachowanie poufności co do zastrzeżonych informacji albo zarzut w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa nie był w nich w pełni merytorycznie rozpoznawany. Z żadnego z tych orzeczeń natomiast nie wynika, że oferty handlowe lub kalkulacja ceny automatycznie są chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa bez potrzeby wykazania spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Przywołane orzeczenia nie potwierdzają zatem prawidłowości stanowiska przystępującego i zasadności zastrzeżenia przez niego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec powyższych ustaleń Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

Z uwagi na uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie rozpoznała odwołania w zakresie zarzutu nr 2 podniesionego jako zarzut ewentualny wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1.

Przewodniczący .....