Sygn. akt: KIO 488/23

WYROK

z dnia 9 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:

Monika Szymanowska

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2023 r. przez odwołującego SK-MED Systems Sp. z o. o. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Powiatowy w Zawierciu przy udziale wykonawcy Medikol Systems Sp. z o. o. w Poznaniu przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w częściach (pakietach) nr:

2, 3 i 4 postępowania:

1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. odtajnienie wadliwie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny złożonych przez wykonawcę Medikol Systems Sp. z o. o. w Poznaniu i udostępnienie ich odwołującemu,

1.3. powtórzenie badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Szpital Powiatowy

w Zawierciu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez odwołującego SK-MED Systems Sp. z o. o. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Szpitala Powiatowego w Zawierciu na rzecz odwołującego SK-MED Systems Sp. z o. o. w Poznaniu kwotę 11 968,00 zł (jedenaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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:

U z a s a d n i e n i e

wyroku z dnia 9 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 488/23

Zamawiający – Szpital Powiatowy w Zawierciu ul. Miodowa 14, 42-400 Zawiercie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa pogwarancyjnych przeglądów okresowych aparatury i sprzętu medycznego”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 28 listopada 2022 r. pod nr 2022/BZP 00462777/01 w Biuletynie Zamówień Publicznych, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest

prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym bez negocjacji.

W dniu 22 lutego 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, w zakresie części nr 2, 3 i 4 postępowania, wniósł wykonawca SK-MED Systems Sp. z o. o. ul. Święty Marcin 29/8, 61-806 Poznań (dalej zwany „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 18 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji ((Dz. U. z 2022 r., poz. 1233), dalej zwanej „z.n.k.") w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 PZP w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 239 ust.

1 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny oraz poprzez zaniechanie przekazania Odwołującemu wszelkiej dokumentacji złożonej w postępowaniu przez Wykonawcę w tym wyjaśnień rażąco niskiej ceny;

(ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1)

2. art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP oraz art. 224 ust. 1 - 3, 5 PZP

oraz art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawca w sytuacji, gdy:

a) Wykonawca złożył nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

b) Wykonawca nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na: konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających

z SWZ kosztów pracowniczych, a także uwzględnianie kosztów dojazdów do Zamawiającego;

c) oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca nie udźwignął ciążącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym oferta winna zostać odrzucona Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 224 PZP jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, mimo iż Wykonawca nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska;

(ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1 - 2)

3. art. 16 pkt 1 PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP poprzez udzielenie zamówienia

wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, przekazanie odwołującemu wszelkiej dokumentacji złożonej przez wykonawcę Medikol Systems Sp. z o. o. w Poznaniu (dalej także jako „wykonawca Medikol"), w tym wyjaśnień rażąco niskiej ceny, powtórzenie badania i oceny ofert, wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Medikol i wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Ponadto wniesiono o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kosztów dojazdu, zgodnie z przedstawionym zestawieniem kosztów wraz z załącznikami.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zamawiający prowadzi postępowanie na usługę pogwarancyjnych przeglądów okresowych aparatury i sprzętu medycznego. Wykonawca Medikol zaoferował następujące ceny: pakiet 2 aparaty RTG - 2041,20 zł tj. 210,00 zł za przegląd, pakiet 3 aparaty RTG mammograf cyfrowy -453,60 zł, pakiet 4 urządzenia RTG inne - 1134,00 zł tj. 210,00 zł za przegląd. Ceny te są rażąco niskie, nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego za ceny zaoferowane przez wykonawcę Medikol. Odległość pomiędzy siedzibą firmy wykonawcy, a siedzibą zamawiającego wynosi około 413 kilometrów (łącznie 826 km), więc czas dojazdu w jedną stronę wynosi prawie 4 godziny i 13 minut godzin (łącznie 8 godzin i 26 minut). Z tytułu samego tylko dojazdu wykonawca poniesie koszty wynagrodzenia pracownika minimum 255,00 zł za przegląd (deklarowana przez wykonawcę

Medikol stawka godzinowa to 30 zł). Do czasu przeznaczonego na wykonanie usługi należy doliczyć koszty paliwa, które liczone przy spalani 6 l/100 km x 7 zł (dla ułatwienia kalkulacji) dają koszt wynoszący 346,92 zł. Z powyższego dla odwołującego jednoznacznie wynika, że same koszty związane z dojazdem wyniosą minimum 601,92 zł, czyli więcej niż stawka wynikająca z oferty Medikol. Co ważne - w kosztach tych nie zostały ujęte koszty pracownika przewidziana na czas realizacji usługi oraz jakikolwiek zysk. Podobnych wyliczeń można dokonać przy analizowaniu ceny pozostałych

części tzn. koszty dojazdu w wysokości 614,82 zł przewyższają wartość oferty, która wynosi 529,20 zł brutto. Istotne jest również to, że wykonawca Medikol w JEDZ wprost wskazał, że nie przewiduje udziału podwykonawców przy realizacji umowy.

W ocenie odwołującego cena zaproponowana przez wykonawcę Medikol w każdym z pakietów powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego, a co za tym idzie, zamawiający powinien co najmniej żądać od wykonawcy złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących czynników, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Ponadto, wykonawca Medikol oraz podmioty z nim powiązane, wielokrotnie w odwołaniach składanych do Izby podkreślały, że nie jest możliwe wykonanie przeglądu m. in. aparatów RTG za ceny wynoszące 400,00 zł - 700,00 zł, podczas, gdy w niniejszym postępowaniu wykonawca ten składa ofertę w wysokości 264,00 zł. Zatem wykonawca Medikol nie jest w stanie wykonać zamówienia w zaproponowanych cenach, czyli zaoferowane ceny są rażąco niskie. (dowód: odwołanie z 31.10.2022 r. w postępowaniu Samodzielnego Publicznego Specjalistycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej „Zdroje" w Szczecinie, odwołanie z 11.07.2022 r. w postępowaniu Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie). Oferowanie przez wykonawcę Medikol rażąco niskich kwot oraz składnia nieprawidłowych wyjaśnień dotyczących cen zostało już zauważone przez innych zamawiających, którzy wykluczają wykonawcę z postępowań z tego powodu.

Zdaniem odwołującego wykonawca Medikol jest w pełni świadomy nierealności składanych ofert oraz błędów w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, gdyż nawet jeśli składa odwołania w tym zakresie, to przed ich rozpoznaniem wycofuje się uznając za zasadne stanowisko zamawiających, którzy odrzucają jego oferty (dowód: informacja o odrzuceniu oferty wykonawcy Medikol w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi, pn.: „Usługa wykonywania przeglądów technicznych sprzętu medycznego i testów specjalistycznych sprzętu RTG dla Wojewódzkiego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi" (zwane przez odwołującego jako „postępowanie w Łodzi"), wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołanie z 09.01.2023 r., odpowiedź na odwołanie, wycofanie odwołania).

Odwołujący dalej wskazał, że identyczny jest również sposób zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, który jest ogólnikowy i w żaden sposób nie wynika z niego, aby zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Co szczególnie istotne -wykonawca Medikol w rzeczywistości nie uważa zastrzeganych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, albowiem w składanych odwołanych samodzielnie dokonuje ich odtajnienia. (dowód: odwołanie wniesione przez wykonawcę 09.01.2023 r. w postępowaniu w Łodzi i wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa złożone w tym postępowaniu). Z powyższych względów twierdzenie zamawiającego, iż wykonawca w prawidłowy sposób zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa jest chybione.

Ponadto, wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, złożone przez wykonawcę Medikol powinny zostać uznane za błędne. W postępowaniu w Łodzi wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale były one nieprawidłowe. Przede wszystkim były ogólnikowe oraz nie załączono do nich żadnych dokumentów mających na celu wykazanie realności zaproponowanej ceny. Z uwagi na to, że sposób konstruowania wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez wykonawcę Medikol jest taki sam i zawsze składane są one bez dowodów, z pewnością graniczy stwierdzenie, że wyjaśnienia złożone w tym postępowaniu są takie same i mają tożsame same błędy.

Kalkulacja sporządzona przez wykonawcę Medikol jest nierzetelna, gdyż po pierwsze - już sama stawka roboczogodziny budzi wątpliwości, ponieważ oznacza wynagrodzenie inżyniera na poziomie niewiele przekraczającym płace minimalną. Kalkulacja jednej czy dwóch godzin pracy inżyniera serwisanta, przy konieczności dojazdu minimum dwie godziny w jedna stronę, czyli 4 godziny w samochodzie, i całkowitego pominięcia tej części kosztu -wskazuje na nierzetelność kalkulacji. Co ciekawe, w sprawach sygnatura akt. KIO 1831/22 i KIO 2869/22, gdzie odwołującym była spółka z grupy Medikol (Medikol Solution Sp. z o. o.), spółki powiązane z wykonawcą powoływały się na to, że średni koszt inżyniera serwisanta w roku 2022 to kwota rzędu 5 680 zł brutto.

Po drugie, w złożonych wyjaśnieniach wykonawca Medikol przyjął ryczałtowe koszty dojazdu, nie wskazując w jaki sposób zostały one wyliczone oraz nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów wykazujących zasadność przyjętych kosztów. Odległość z Poznania do Zawiercia to 826 km (koszt przejazdu to ok. 356,92 zł). Kwoty w żaden sposób nie korespondują z przyjętą przez wykonawcę kwotą ryczałtu. Z uwagi na brak przedstawienia w tym zakresie jakichkolwiek dowodów zamawiający nie miał podstaw do wzywania wykonawcy do składania dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów, jak i nie miał podstaw do uznania, że kalkulacja ta jest rzetelna i prawdziwa.

Po trzecie, wyjaśnienia wykonawcy Medikol nie sprostały wymogom przepisu art. 224 ust. 5 p.z.p. Odwołujący załączył do wyjaśnień wyłącznie certyfikaty i listy referencyjne potwierdzające jakość realizowanych umów, a nie wykazujące rzetelności przedstawionej

kalkulacji. Można ująć, że przepis art. 224 ust. 5 p.z.p. jest bezwzględny. Bogate i spójne orzecznictwo KIO potwierdza, że na podstawie tego przepisu konieczne jest „wykazanie", czyli udowodnienie, że cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy - niepopartej stosownymi dowodami. Wyjaśnienia muszą być konkretne, szczegółowe i udowodnione. Dla przykładu - wykonawca przyjmując do kalkulacji stawkę roboczogodziny inżyniera nie udowodnił tej okoliczności - choćby zanonimizowaną umową o pracę czy innego rodzaju umową, na podstawie której inżynier świadczy pracę na rzecz wykonawcy. Jednocześnie, z uwagi na treść złożonych wyjaśnień, zamawiający nie miał podstaw do tego, aby wzywać Medikol do dalszych uzupełnień lub wyjaśnień, gdyż stopień ogólnikowości wyjaśnień jest tak daleko idący, że dalsze wezwania stanowiłyby naruszenie zasady jednokrotnego wezwania. Zamawiający jedynie

formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej cenę oferty Medikol, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień, mimo iż wykonawca nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p.

i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., zaś odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. dopuszczono do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Medikol Systems Sp. z o. o. ul. Polska 118, 60-401 Poznań, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego (dalej zwany „przystępującym") i przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie

pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, skład orzekający stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. W ocenie Izby rozpoznawane odwołanie zasługuje więc na uwzględnienie, co skutkowało nakazaniem zamawiającemu – w częściach nr 2, 3 i 4 postępowania – unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienia wadliwie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny złożonych przez przystępującego i udostępnienie ich odwołującemu, zgodnie z punktem 1 tenoru sentencji wyroku.

Wobec uwzględnienia zarzutu głównego dotyczącego zaniechania odtajnienia przez zamawiającego bezskutecznie zastrzeżonych wyjaśnień przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny (zarzut nr 1), działając zgodnie z żądaniem strony, Izba nie rozpoznawała zarzutów ewentualnych – zarzuty nr 2 i nr 3 z petitum odwołania.

Na podstawie zebranego materiału procesowego skład orzekający ustalił, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 8 lutego 2023 r. dotyczące wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w pakietach nr: 2, 3 i 4, przystępujący złożył wyjaśniania z dnia 9 lutego 2023 r., które zastrzeżono jako tajemnicę gospodarczą wykonawcy (uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy str. 1 - 5 przedmiotowych wyjaśnień). Izba ustaliła dalej, że do uzasadnienia utajnienia informacji przystępujący nie załączył żadnych dowodów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa – dołączone do wyjaśnień dokumenty dotyczą wyłącznie merytorycznych aspektów zaoferowanej ceny.

Odwołujący, powołując się na dokumenty składane przez przystępującego w innych przetargach (wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny z dnia 22 grudnia 2022 r. złożone przez przystępującego w postępowaniu na wykonywanie przeglądów technicznych sprzętu medycznego dla Wojewódzkiego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi) oraz ujawnianie dane w postępowaniach odwoławczych (odwołanie przystępującego z dnia 9 stycznia 2023 r. dotyczące ww. postępowania), zarzucił przystępującemu samodzielne odtajnianie zastrzeganych danych. Podnoszono również, że zaskarżone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa jest ogólnikowe i w żaden sposób nie wynika z niego, aby zastrzeżone informacje faktycznie stanowiły tajemnicę prawnie chronioną.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 18 ust. 3 p.z.p. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z.n.k., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem immamentną cechą tajemnicy gospodarczej jest fakt, że przedsiębiorca, który zastrzega informacje jako swoje dane prawnie chronione, podejmuje działania mające na celu chronienie tajemnicy. Omawiana norma jednoznacznie określa, że skuteczne objęcie tajemnicą, wymaga od wykonawcy nie tylko udowodnienia przesłanek materialnych zawartych w art. 11 ust. 2 z.n.k. będącego definicją legalną tajemnicy gospodarczej, ale także wykazania spełnienia przesłanki formalnej – czyli podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi, działań w celu utrzymania ich w poufności. Ergo wykonawca ma nie tylko obowiązek zastrzeżenia swoich poufnych informacji, ale też udowodnienia, że faktycznie stanowią one tajemnicę gospodarczą. Następuje to poprzez złożonego rzeczowego i przekonującego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, które powinno zostać poparte adekwatnymi dowodami dotyczącymi podejmowanych działań celem ochrony tajemnicy. Nie mogą to być jakiekolwiek czynności, a właściwe zachowanie wykonawcy, uwzględniające podwyższone standardy działania z zachowaniem należytej staranności w danych okolicznościach faktycznych, ponieważ działanie przedsiębiorcy ocenia się przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p).

Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 133/21, „W orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Założenie to powinno znaleźć wyraz również w wykładni pojęcia „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r. [obecnie art. 18 ust. 3 p.z.p. - przyp. Izba], w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu k.p.c. (…) Przepis ten nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa". (por. wyrok SO w Warszawie z 01.10.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 53/21).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu skład orzekający stwierdził, że zamawiający, który nie przekazał odwołującemu utajnionych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego wraz z załącznikami, działał nieprawidłowo, ponieważ zastrzeżenie tajemnicy zostało dokonane nieskutecznie. Odwołujący przedstawił wystarczające dowody, aby uznać, że co do tego typu informacji przystępujący nie podejmuje żadnych zabiegów ochronnych i w związku z tym godzi się na ich upublicznienie. Natomiast przystępujący nie podjął żadnej inicjatywy, żeby obalić to domniemanie. Nie przedstawiono nie tylko dowodów, ale nawet wiarygodnych twierdzeń, że informacje objęte sporem były przez przystępującego w jakikolwiek sposób zabezpieczone przed ujawnieniem, poza faktem zadeklarowania ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący nie wykazał, że sporne informacje faktycznie stanowią jego tajemnicę gospodarczą, a odwołujący – który przedłożył dokumenty dotyczące postępowania na wykonywanie przeglądów technicznych sprzętu medycznego dla Wojewódzkiego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi – sprostał wykazaniu okoliczności przeciwnej.

Przystępujący nie złożył również takich dowodów zamawiającemu, w momencie zastrzegania tajemnicy. Zgodnie z materiałem procesowym, do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 9 lutego 2023 r., wykonawca nie dołączył żadnych dokumentów dotyczących podejmowania działań mających zachowanie w poufności zastrzeganych danych. Pozbawiono więc zamawiającego możliwości zweryfikowania czy kalkulacja ceny w sposób obiektywny, w oderwaniu od oświadczenia wykonawcy, faktycznie powinna pozostać utajniona. Co istotne, z materiału procesowego wynika, że w zastrzeżeniu tajemnicy gospodarczej przystępujący opisał szereg czynności, które rzekomo podejmuje, aby chronić swoje informacje – pouczenie pracowników i zobowiązanie do nieujawniania poufnych danych, zawieranie umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności, wyszczególnione środki techniczne i organizacyjne, w tym dotyczące obiegu dokumentów i organizacji pracy (vide str. 4 i 5 uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa z 09.02.2023 r.). Istnieją zatem dowody (np. umowy o zachowaniu poufności, instrukcje bezpieczeństwa, itp.), których dysponentem i autorem jest wykonawca, który nie powinien mieć trudności w ich przedstawieniu, poza tym na takie trudności przystępujący nie wskazywał ani w postępowaniu o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, ani przed Izbą. Pomimo powyższego, przystępujący zdecydował się na pozostawienie utajnienia tajemnicy gospodarczej w postaci oświadczenia z dnia 9 lutego 2023 r., z którego treści wynika, że dysponuje on właściwymi środkami dowodowymi na wykazanie, że zastrzegane dane mogą

spełniać przesłanki tajemnicy przedsiębiorcy, ale dowodów tych nie złożono, wbrew obowiązkowi nałożonemu na wykonawcę przez ustawodawcę.

Skład orzekający zatem stwierdził, że w ustalonym stanie rzeczy nie wykazano spełnienia przesłanek art. 18 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. Rację ma odwołujący, że przystępujący nie udźwignął ciężaru udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ nawet nie podjął próby w tym zakresie – jego stanowisko pozostało subiektywnym przekonaniem opierającym się na gołosłownych twierdzeniach, któremu przeczą dokumenty złożone przez odwołującego. Jak również brak złożenia dowodów – w postaci chociażby dokumentów, których autorem jest przystępujący, o których mowa w uzasadnianiu tajemnicy – powoduje, że stanowisko wykonawcy nie jest wiarygodne. Skoro bowiem przystępujący nie zdecydował się na przedstawienie zamawiającemu i Izbie jakichkolwiek dowodów, brak ich przedstawienia należy interpretować tak, że rzeczone dokumenty nie zawierają treści wskazanych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co dodatkowo potwierdza samodzielne ujawnianie tego rodzaju danych przez wykonawcę w innych przetargach.

W konsekwencji powyższego, analiza czy zastrzeżone wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny wraz z załącznikami spełniają przesłanki materialne dotyczące charakteru informacji, ujęcia ich we wskazany sposób i przełożenia na wartość gospodarczą wykonawcy (art. 11 ust. 2 z.n.k) nie była w sprawie konieczna. Rezygnacja z wypełnienia obowiązku wykazania wymaganych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa oraz upublicznianie tego typu danych przez samego przystępującego powoduje, że odwołanie należało uwzględnić. Jeżeli bowiem wykonawca sam nie chroni swoich danych, a dodatkowo – pomimo twierdzenia, że istnieją dowody pozwalające na dokonanie obiektywnej weryfikacji prawidłowości utajnienia danych – podejmuje decyzję, że dowodów tych nie złoży, pozbawia zamawiającego i Izbę możliwości uznania, że tajemnica została prawidłowo i skutecznie zastrzeżona, co powoduje, że informacje te należy odtajnić. Innymi słowy, skoro przystępujący nie jest w stanie wykazać, że omawiane dane są utajniane, to a priori nie mają one charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Rekapitulując, z materiału procesowego wynika, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 18

ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k., więc zarzut nr 1 z petitum odwołania, dotyczący zaniechania udostępnienia odwołującemu wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny z załącznikami, co do których nie wykazano, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, został uwzględniony.

Ponadto, Izba postanowiła dopuścić i przeprowadzić dowód ze złożonych przez przystępującego pięciu formularzy ofertowych dotyczących ofert składanych przez odwołującego w różnych przetargach, jednakże dowody te okazały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Spór dotyczy skuteczności zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa przez

przystępującego, więc dowody te nie są nawet luźno związane z rozpoznawanym sporem. Natomiast złożone przez odwołującego odwołania Medikol Solution Sp. z o. o. w Poznaniu jedyny dodatkowo wykazują, że spółka ta także nie chroni danych dotyczących wysokości i sposobu kalkulacji cen w przetargach.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w ustalonym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ brak ujawnienia bezskutecznie zastrzeżonych danych przystępującego uniemożliwia odwołującemu kontrolę prawidłowości oceny oferty konkurencji, zatem wpływa bezpośrednio na jego prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej, które mogą mieć wpływ na losy oferty przystępującego w postępowaniu – tym samym na jego wynik. Jak również nieujawnienie wadliwie utajnionych informacji jest sprzeczne z zasadą jawności postępowania, co zobowiązuje zamawiającego do ujawnienia tych informacji (por. uchwała SN z dnia 21.10.2005 r. sygn. akt: III CZP 74/05).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d rozporządzenia 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). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci: wpisu (7500,00 zł), opłaty skarbowej od złożonego przez odwołującego pełnomocnictwa (17,00 zł), kosztami dojazdu (851,00 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT w kwocie zmniejszonej do limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: