

Sygn. akt: KIO 1177/23

WYROK

z dnia 10 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę:

UP LED Sp. z o.o. w Stalowej Woli

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

PL.2012+ Sp. z o.o. w Warszawie

z udziałem:

LEDLIVE sp. z o.o. w Stalowej Woli

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia zarzut pierwszy zaniechania odtajnienia i udostępnienia przez zamawiającego załączników do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia złożonych przez wykonawcę LEDLIVE sp. z o.o. w Stalowej Woli i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie i udostępnienie dokumentów złożonych przez wykonawcę LEDLIVE sp. z o.o. w Stalowej Woli w postępowaniu o udzielenie zamówienia w postaci załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 17 kwietnia 2023 r.: kosztorysu, ofert dostawców sprzętu oraz zestawienia realizacji inwestycji;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zamawiającego w stosunku po połowie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., 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:

UZASADNIENIE

PL.2012+ Sp. z o.o. (al. Ks. J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa) (dalej również „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa” lub „PZP”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 Ustawy na dostawę i montaż ekranów diodowych wraz z konstrukcją na obiekcie PGE Narodowego w Warszawie. Numer referencyjny: WZ/IV/14/2023 (dalej również: „Postępowanie”).

W dniu 26 kwietnia 2023 r. do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych w Warszawie wniesione zostało odwołanie przez ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania UP LED Sp. z o.o. (ul. Centralnego Okręgu Przemysłowego 6, 37-450 Stalowa Wola) (dalej również: „Wykonawca” lub „Odwołujący”).

W dniu 28 kwietnia 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił LEDLIVE sp. z o.o. (ul. Kwiatkowskiego 9, 37-450 Stalowa Wola (dalej również: „Przystępujący” lub „LEDLIVE”). Izba, wobec dokonania czynności zgłoszenia w terminie i zgodnie z warunkami opisanymi art. 525 Ustawy stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności lub zaniechań Zamawiającego:

- zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa

przez LEDLIVE,

- zaniechania odrzucenia oferty LEDLIVE, pomimo że wykonawca ten zaferował

rażąco niską cenę, a także pomimo że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia,

- zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że oferta ta zawiera najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 - 3 PZP poprzez

naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt

1 - 3 PZP przepisów, tj.:

1. art. 18 ust. 3 PZP poprzez nieujawnienie informacji zastrzeżonych przez LEDLIVE jako tajemnica przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co doprowadziło do uniemożliwienia zapoznania się przez pozostałych wykonawców z istotnymi informacjami dotyczącymi kalkulacji ceny ofertowej LEDLIVE i do uniemożliwienia kontroli prawidłowości decyzji Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty LEDLIVE z powodu rażąco niskiej ceny, ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu, o którym mowa powyżej - art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 PZP poprzez nieuzasadnione stwierdzenie, że oferta złożona przez LEDLIVE nie zawiera rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy analiza wyjaśnień złożonych przez LEDLIVE prowadzi do jednoznacznego wniosku o tym, że zaferowana została rażąco niska cena, względnie - poprzez zaniechanie wezwania LEDLIVE do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, mimo że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty LEDLIVE jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LEDLIVE w sytuacji, gdy oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia, względnie - zaniechania wezwania LEDLIVE do wyjaśnień treści oferty, pomimo że istnieją istotne wątpliwości co do spełniania warunków zamówienia, co doprowadziło do nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty LEDLIVE i w konsekwencji do zaniechania wyboru przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,

i w konsekwencji art. 239 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, ujawnienia informacji zastrzeżonych przez LEDLIVE jako tajemnica przedsiębiorstwa, dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty LEDLIVE.

Zamawiający i Przystępujący wnosili o oddalenie zarzutów.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentów :

- informacji z otwarcia ofert z innego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego z dnia 3 listopada 2022 r. oraz z Postępowania z dnia 11 kwietnia 2023 r. na okoliczność tego,

że cena Odwołującego w innych postępowaniach była niższa od ceny w postępowaniu niniejszym, co przeczy twierdzeniom procesowym Zamawiającego,

- informacji o unieważnieniu poprzedniego postępowania z 3 marca 2023 r. na okoliczność przyczyny unieważnienia – niemożliwości realizacji zamówienia wobec braku podzespołów, - OPZ poprzedniego postępowania na okoliczność określenia przedmiotu zamówienia w poprzednim postępowaniu jako odmiennego od przedmiotu zamówienia w Postępowaniu.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentów:

- opracowanego przez siebie zestawienia cen poszczególnych elementów ofert Odwołującego i Przystępującego złożonych w poprzednim i niniejszym Postępowaniu, co do którego to dowodu Zamawiający wniósł o wyłączenie jawności wobec objęcia danych źródłowych tajemnicą przedsiębiorstwa w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co nie było kwestionowane przez strony i uczestnika; Izba uwzględniła wnioski o wyłączenie jawności dowodu;
- opracowanego przez siebie arkusza szacowania wartości zamówienia na potrzeby Postępowania na okoliczność funkcjonowania na rynku zróżnicowanych cen na te same elementy składające się na przedmiot

zamówienia,

na okoliczność zróżnicowania cen ofertowych i rynkowych i możliwości zrealizowania zamówienia za cenę ofertową przez Przystępującego zgodnie z SWZ i przepisami. Izba pominęła powyższe dowody jako zmierzające do wykazania okoliczności leżących poza zakresem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie wobec uwzględnienia zarzutu pierwszego nieuprawnionego zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania udostępnienia i odtajnienia dokumentów oraz oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

Izba ustaliła, że stan faktyczny pomiędzy stronami był bezsporny. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika (za wyjątkiem dowodów złożonych przez Zamawiającego) oraz dokumentację zamówienia (w szczególności SWZ, ofertę Odwołującego oraz korespondencję pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym w zakresie rażąco niskiej ceny), uwzględniła stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że jak wynika z protokołu z Postępowania, wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 718 732,83 zł. W Postępowaniu złożono cztery oferty. Jedyńm kryterium oceny ofert była cena brutto za realizację zamówienia. Dobór urządzeń oferowanych przez Przystępującego dokonany został indywidualnie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Urządzenia oferowane w ramach Postępowania przez wykonawców są ogólnie dostępne dla kupujących. Zarówno Odwołujący, jak i LEDLIVE złożyli ofertę w Postępowaniu. Oferta złożona przez LEDLIVE z ceną 388 500,00 zł brutto została sklasyfikowana na pierwszej pozycji, natomiast oferta złożona przez Odwołującego z ceną 723 240,00 zł brutto została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert. Zaoferowana przez LEDLIVE cena była niższa zarówno od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług o ponad 56%, jak i od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 PZP o ponad 45%. Wobec powyższego Zamawiający wezwał w dniu 12 kwietnia 2023 r. LEDLIVE do udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w trybie art. 224 ust. 1 PZP.

W zakresie pierwszego zarzutu Izba ustaliła dodatkowo, że w odpowiedzi LEDLIVE złożył wyjaśnienia z dnia 17 kwietnia 2023 r., w których zastrzegł jako tajemnicę

przedsiębiorstwa wszystkie załączniki w postaci: kosztorysu, ofert dostawców sprzętu oraz zestawienia realizacji inwestycji.

Dla uzasadnienia objęcia informacji tajemnicą Przystępujący wskazał, że: „Przedstawione dokumenty zawierają informacje dotyczące urządzeń proponowanych przez naszą firmę, które proponujemy w realizacji przedmiotowego zamówienia. Wyjaśniamy, że dobór urządzeń został przez nas wykonany specjalnie na potrzeby zorganizowanego przez Państwa przetargu i dostosowany do Państwa indywidualnych potrzeb określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załącznikach do tej specyfikacji. Oferowany system stanowi więc przygotowany przez nas produkt technologiczny. Jego stworzenie wymaga wiedzy o produktach dostępnych na rynku, o sposobie i możliwości ich powiązania w większy układ, wykorzystania doświadczeń zdobytych podczas wielu inwestycji

pozwalających nam ocenić jakość i przydatność danego urządzenia dla potrzeb zindywidualizowanego dla Państwa systemu. Informacje dotyczące producentów, z którymi współpracujemy, również jest istotnym elementem łańcucha dostaw, które zostały wypracowane przez naszą firmę, a które pozwalają na zastosowanie rozwiązań będących konkurencyjnymi w stosunku do innych wykonawców. W tym względzie zwracamy uwagę, że jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r. (sygn. akt. V CSK 176/13): „Na tajemnicę przedsiębiorstwa dotyczącą produkcji określonego urządzenia może składać się i zazwyczaj się składa wiedza u doświadczenie, które obejmują cały zespół elementów tworzących proces technologiczno-produkcyjny, w tym rozwiązania konstrukcyjne urządzenia, dokumentację techniczną, sposób (metodę) produkcji, użyte materiały itp. Tajemnica przedsiębiorstwa jest w takim przypadku cały proces produkcyjny i okoliczność, że jeden z jego elementów, np. konstrukcja urządzenia, jest łatwy do poznania na podstawie informacji powszechnie dostępnych dla osób, które zazwyczaj tym się zajmują, nie pozbawia przedsiębiorcy możliwości objęcia całego procesu poufnością. Na proces taki składa się bowiem wiedza, doświadczenie oraz użyte środki i nakłady, które pozwoliły konkretnemu przedsiębiorcy na wykorzystanie powszechnie dostępnych informacji dotyczących budowy urządzenia i stworzenie, już na podstawie własnych prób i oświadczenia, dokumentacji technicznej, określonego sposobu produkcji, linii technologicznej i użytych materiałów.” Podkreślamy przy tym, że informację zawarte w tabelach Formularza ofertowego (typy urządzeń, producent) nie stanowią kryterium oceny oferty. Mimo, że Zamawiający szczegółowo opisał swoje wymagania co do urządzeń po przez określenie wymaganych parametrów, to nie podawał on konkretnego producenta. Dobór urządzenia leżał po stronie Wykonawcy, który korzystając z wieloletniego doświadczenia oraz znajomości rynku zaproponował produkt najlepiej dopasowany do potrzeb Zamawiającego, a tym samym wykorzystał swój „know-how”, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazujemy przy tym, że niezależnie od umowy o poufności, zastrzeżenia tajności przedkładanych dokumentów w przetargach, podjęliśmy także działania wewnętrzne w celu zapewnienia poufności powyższych informacji. Nasi pracownicy zobowiązani są do zachowania poufności powyższych informacji. Na potwierdzenie ww. działania przedkładamy wzór

oświadczenia pracownika o obowiązku zachowania tajemnicy naszej firmy. Nadto pragniemy wskazać, że powyższe informacje stanowią także tajemnicę przedsiębiorcy w rozumieniu art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U.2015 poz. 2058). Wskazane wyżej elementy stanowią tajemnicę naszego przedsiębiorstwa bowiem informacje o współpracownikach i dostawcach stanowią dla nas istotną wartość gospodarczą. Na naszych stronach internetowych i w innych materiałach marketingowych nie publikujemy tego rodzaju informacji. Ujawnienie tych danych nie leży bowiem w interesie naszej firmy. Ich ujawnienie może narazić naszą firmę na utratę zleceniodawców. Nasi

konkurenci, po odtajnieniu tych informacji, mogą bowiem próbować przejąć nasze kontakty i składać konkurencyjne oferty. Wykazujemy, że zdobycie zleceniodawców jak i dostawców wiąże się z nakładami marketingowymi, naszym udziałem na targach nowych technologii, częstych delegacjach, tworzeniem materiałów reklamowych itd. Podnosimy, że na rynku instalacji LED panuje bardzo aktywna konkurencja, na co wskazuje duża liczba ofert składanych w przetargach, co dodatkowo potęguje konieczność ochrony źródeł dostaw. Wszystkie powyższe dane objęte są polityką ochrony informacji niejawnych obowiązującą w naszej firmie. Procedura ta jest bezwzględnie stosowana. Spółka nie udostępnia informacji o posiadanych dostawcach, stosowanych technologiach i rozwiązaniach technicznych oraz potencjale osobowym. W związku z powyższym zastrzeżenie tajemnicy tych informacji jest absolutnie konieczne w niniejszym postępowaniu. Odtajnienie tych informacji naraziłoby nas na bardzo poważne straty finansowe oraz utratę zaufania naszych kontrahentów, którzy powierzyli nam swoje poufne dane. W odniesieniu do potencjału osobowego wykazujemy, że nasz personel został starannie wyselekcjonowany przez lata naszego działania na rynku. Nasza firma, w trakcie swojej działalności, zatrudniła wielu specjalistów, jednak tylko niektórzy z nich okazali się kompetentni, profesjonalni oraz posiadali wysoki poziom kwalifikacji zawodowych. Przez lata inwestowaliśmy w nasz personel zapewniając mu odpowiednie kursy, szkolenia i pozwalając zdobywać doświadczenie w toku realizowanych przez nas inwestycji. Współpracujemy z doskonałymi specjalistami, w szczególności kierownikami robót, projektantami i montażystami o bardzo bogatym doświadczeniu w wąskiej specjalizacji instalacji systemów ledowych. Ujawnienie ich danych osobowych naraziłoby nas na ryzyko próby ich przejęcia przez firmy konkurencyjne poprzez składanie naszemu personelowi ofert pracy lub współpracy. Nasz zespół ludzi stanowi o wartości naszej firmy. Należy nadmienić, że rynek instalacji LED jest rynkiem stosunkowo nowym w realiach Polski. Zdobycie pracownika, z odpowiednim doświadczeniem na tym rynku, jest dużym osiągnięciem. W związku z powyższym, nasza firma dba o zachowanie poufności danych personelu. Na naszych stronach internetowych i w innych materiałach nie ujawniamy tych danych za wyjątkiem personelu tzw. pierwszego kontaktu z klientem. Należy podkreślić, że powyższe działania czynią także zadość obowiązkom spoczywającym na wykonawcy przewidzianymi w ustawie z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych oraz rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych). Podsumowując, uważamy, że wykazaliśmy podstawy dla zachowania w tajemnicy dokumentów, których poufność zastrzeżliśmy. Zawierają one informacje techniczne, technologiczne, finansowe i organizacyjne o wysokiej wartości gospodarczej naszej firmy. Podjęliśmy stosowne działania w celu ochrony tych informacji

zawierając umowy wyłączające możliwość ich upubliczniania i obligując nasz personel do zachowania ich tajemnicy. W związku z powyższym nie wyrażamy zgody na odtajnianie tych dokumentów. Załączniki: - kosztorys, - oferty dostawców sprzętu, - zestawienie realizacji inwestycji - wzór oświadczenia pracownika”.

Mając na uwadze treść zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zastrzeżonych informacji (załączników do wyjaśnień) Izba stwierdziła, że zarzut pierwszy zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający uwzględniając wniosek Przystępującego i uznając zastrzeżenie tajemnicy za skuteczne a w konsekwencji odmawiając udostępnienia załączników do wyjaśnień naruszył normę art. 74 ust 1 i 2 pkt 1 PZP w zw. z art. 18 ust. 1,2 i 3 PZP i w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) (dalej: „uznk”) - pomimo tego, że Przystępujący nie wykazał, że poszczególne informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że kosztorys sporządzony został na potrzeby Postępowania i nie ma charakteru uniwersalnego, pozwalającego na wykorzystanie danych dla uzyskania przewagi konkurencyjnej na rynku i okoliczność ta nie została wykazana przez Przystępującego.

Kosztorys obejmuje w odrębnych pozycjach łączne koszty urządzeń (odrębnie: 1. ekranów dla części I i II, 2. czujników jasności dla części I i II, 3. Sterowników dla części I i II, 4. Infokiosku dla części I, 5. konstrukcji na bramie dla części I, 6. Konstrukcji citylight dla części II) oraz łączne koszty w odrębnych pozycjach: 7. Przygotowania projektu i dokumentacji, 8. Robocizny – dojazd i montaż, 9. Transportu kolejowego z Chin, 10. Transportu ze Stalowej Woli do Warszawy oraz 11. Zabezpieczenia należytego wykonania umowy 5%.

Izba ustaliła, że oferty dostawców zawierają zdjęcia grafik oferowanych produktów i sporządzone zostały w języku angielskim, żadna ze stron nie przedłożyła ich tłumaczenia na język polski, co powoduje wobec treści art. 505 Ustawy, że Izba pomija ten dowód.

Izba ustaliła, że zestawienie realizacji inwestycji obejmuje w tabelarycznym ujęciu zestawienie 21 pozycji obejmujących nazwę zamawiającego, wartość umowy netto, opis przedmiotu usługi obejmujący ogólny opis wykonanej dostawy lub montażu lub usługi, wskazanie daty i miejsca wykonania poprzez wskazanie państwa lub miasta lub ulicy lub nazwy budynku.

Izba uwzględniła zarzut wobec niewykazania przez Przystępującego przesłanek objęcia informacji zawartych w

dokumentach tajemnicą przedsiębiorstwa oraz charakteru informacji zawartych w załączniku wykaz dostaw oraz kosztorys.

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 uznk, 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 PZP.

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.

Zgodnie z art. 74 ust. 1 i 2 PZP Art. 74. 1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. 2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unie-ważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków – przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Z powyższych przepisów wynika, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. W art. 18 ust. 3 PZP ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co stanowi wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone informacje mogły zostać nieujawnione,

wykonawca winien więc „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Tym, samym zamawiający ocenia zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie i dowody przedstawione przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest rolą zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaniechanie wykazania zasadności skutkuje obowiązkiem zamawiającego jest ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje.

Odnosząc się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w niniejszej sprawie, należy zauważyć, że Przystępujący nie wykazał ani nawet nie twierdził, jaki był krąg osób którym udostępniane były informacje ani, że wszystkie te osoby obejmują zakazy ujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa. W zakresie podejmowanych czynności mających zabezpieczać informacje przed jej ujawnieniem wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy, sprowadzają się do wskazania, że w firmie obowiązuje jakieś nieokreślone zasady i polityka ochrony informacji niejawnych oraz, że funkcjonuje umowa o zakazie ujawniania informacji poufnych (której wzór załączył) oraz, że dane z załączników nie są ujawniane na stronach internetowych ani kontrahentom, co Izba uznała za niewystarczające dla wykazania, że zastrzegane informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, ani, że Przystępujący podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Przystępujący w żaden sposób nie wykazał na czym polegać miałyby wartość gospodarcza zastrzeganych treści i strata materialna grożąca mu w razie ujawnienia informacji. Deklaracje i oświadczenia zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego nie stanowią „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy PZP i mają ogólnikowy charakter.

Izba wskazuje dodatkowo, że wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-54/21 nie zmienił treści art. 18 ust. 3 ustawy PZP, czyli wymogu „wykazania” przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest to zresztą zgodne z art. 21 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „dyrektywa klasyczna”), w którym przewidziano obowiązek nieujawniania przez zamawiającego „informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne”, o ile „nie przewidziano inaczej (...) w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji”. Tym samym obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pozostaje aktualny.

Trybunał potwierdził to w pkt 65 ww. wyroku, w którym stwierdził: „W tym względzie należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiste poufny charakter”. Trybunał wskazał też na konieczność wyważenia między poufnością a realizacją uzasadnionych interesów innych wykonawców. Potwierdza to także pkt 50 ww. wyroku, w którym wskazano: „Niemniej zasadę ochrony informacji poufnych trzeba pogodzić z wymogami skutecznej ochrony sądowej. W tym celu należy dokonać wyważenia zakazu określonego w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 oraz ogólnej zasady dobrej administracji, z której wynika obowiązek uzasadnienia. Owo wyważenie powinno uwzględniać w szczególności okoliczność, że w braku

wystarczających informacji umożliwiających sprawdzenie, czy decyzja instytucji zamawiającej dotycząca udzielenia zamówienia jest obciążona ewentualnymi błędami lub jest bezprawna, odrzucony oferent nie będzie miał w praktyce możliwości skorzystania w odniesieniu do takiej decyzji z prawa do skutecznego środka prawnego (...)

Biorąc zatem pod uwagę zarówno przepisy uznk, Ustawy oraz dyrektywy klasycznej, jak i stanowisko Trybunału wyrażone w ww. wyroku, Izba stwierdza, że Przystępujący nie tylko nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ale też nie wykazał, aby ujawnienie tych informacji mogło realnie zakłócić konkurencję i wpłynąć na warunki prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Nieujawnienie tych informacji zamyka Odwołującemu drogę do wiedzy o podstawach oceny oferty Przystępującego a w konsekwencji – do realnego i skutecznego kwestionowania ich drodze środków ochrony prawnej. Z uwagi na powyższe wyważenie interesów w przedmiotowej sprawie stanowi dodatkowy argument przemawiający za ujawnieniem zastrzeżonych przez Przystępującego informacji.

W świetle powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia informacji w załącznikach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś samym informacjom nie sposób przypisać waloru danych, których cechy wypełnić mogą definicję tajemnicy przedsiębiorstwa z uznk. Izba wskazuje ponownie, że nieujawnienie przez Zamawiającego wyjaśnień i załączników złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia było niedopuszczalne i stanowiło naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk a także art. 16 PZP. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało uwzględnione i Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i udostępnienie załączników.

Wobec ewentualnego charakteru zarzutu nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę i uwzględnienia zarzutu pierwszego jako podstawowego wobec tegoż Izba pozostawia zarzut ten bez rozpoznania.

W odniesieniu do drugiego zarzutu Odwołujący nie wykazał naruszenia Ustawy a Izba nie podziela jego stanowiska.

Zgodnie z przepisami Ustawy:

- Art. 226 ust. 1 pkt. pkt 5) Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.
- art. 223 ust. 1 W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W świetle powyższych norm ustawodawca zobowiązał zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust.1 pkt 5 PZP musi być możliwe do określenia na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SWZ.

W niniejszym przypadku Izba ustaliła, że zgodnie z SWZ:

CZEŚĆ III - Minimalne wymagania dotyczące każdego z 4 infokiosków z wbudowanym ekranem 75". (na mapie poglądowej z lokalizacjami oznaczenie numeryczne: 1, 2, 3, 4) Obudowa musi być: (...)

- odporna na różne warunki atmosferyczne (śnieg, itp.) - zakres temp. pracy od -30st. C do +40 st.C
- wyposażona w aktywny system wentylacji, zapewniający odpowiednią temperaturę oraz poziom wilgotności, umożliwiający prawidłową pracę urządzeń przez cały rok w zakresach temperatur od -30 st. C do +40 st. C.

CZEŚĆ I - Minimalne wymagania dotyczące każdego z 5 ekranów do instalacji na bramach (na mapie poglądowej z lokalizacjami oznaczenie numeryczne: 9,10,11,12,13): (...) - Minimalne kąty widoczności treści (poziom/pion): 140/120 stopni

CZEŚĆ II - Minimalne wymagania dotyczące każdej z 4 konstrukcji informacyjnych z wbudowanym ekranem diodowym o wymiarach zbliżonych do 3x1,601 oraz dolną podstawą zawierającą tablicę citylight. (na mapie poglądowej z lokalizacjami oznaczenie numeryczne: 5,6,7, 8): (...)

- Minimalne kąty widoczności treści (poziom/pion): 140/120 stopni.

Dalej Izba ustaliła, że: Przystępujący w ofercie oświadczył, że cena ofertowa obejmuje całość realizacji przedmiotu

zamówienia opisanej w SWZ, zapoznał się z projektowanymi postanowieniami umowy stanowiącymi Załącznik nr 7 i zobowiązuje się do zawarcia umowy na zawartych tam warunkach; zgodnie z projektem umowy wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami wynikającymi z OPZ i ofertą.

Izba ustaliła również, że z załączonych do oferty kart produktów wynika, że dla Infokios: temperatura pracy +/-10% (°C) -30°C~+70°C; a dla outdoor P4 (1''): Optymalny

kąt oglądania horyzontalnie / wertykalnie >140° / >120°.

Izba wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 Ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym jako stronie inicjującej postępowanie odwoławcze. Niesprostanie przez odwołującego ciężarowi dowodu skutkuje oddaleniem odwołania. Za niewystarczające należy uznać przedstawienie dowodów, które jednoznacznie nie potwierdzają twierdzeń odwołującego stanowiących podstawę sformułowanych zarzutów, a jedynie skutkują zaistnieniem wątpliwości w tym zakresie. W niniejszej sprawie odwołanie nie sprostało wymaganiu wykazania przesłanki uzasadniającej zarzut. Brak było dowodów skutecznie

podważających oświadczenia i twierdzenia Przystępującego i Zamawiającego znajdujące dodatkowo oparcie w przedłożonych przez nich dokumentach. Odwołujący nie wykazał sprzeczności oferty z SWZ. Wątpliwości, które wskazał Odwołujący w ocenie Izby nie są wystarczające dla odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o normę art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy lub powstania obowiązku wezwania go do wyjaśnień lub uzupełnień. A to wobec tego, że oferta potwierdza oferowanie produktu zgodnego z SWZ a zawarte w załączonej do niej karcie produktu twierdzenie, że:

- optymalny kąt oglądania horyzontalnie to co najmniej 140 stopni a wertykalnie to co najmniej 120 stopni jest w sposób oczywisty niesprzeczne z wymaganiem SWZ, że minimalny kąt widoczności treści to poziomo 140 stopni i pionowo 120 stopni i jednocześnie,
- temperatura pracy urządzenia to (+- 10% (st.C)) -30st.C do +70st.C i, że urządzenie wyposażone ma być w aktywny system wentylacji, zapewniający odpowiednią temperaturę oraz poziom wilgotności, umożliwiający prawidłową pracę urządzeń przez cały rok w zakresach temperatur od -30 st. C do +40 st. C nie jest w sposób oczywisty sprzeczne z wymaganiem SWZ, że urządzenie jest odporne na różne warunki atmosferyczne (śnieg itp.) z zakresem pracy w temperaturze pracy od -30st.C do +40 st.C a Izba dała w tym zakresie wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, że: zatrudnia od kilkunastu lat osoby o wysokich kwalifikacjach merytorycznych związanych z przedmiotem udzielanego zamówienia a wiedza i doświadczenie pracowników wielokrotnie były potwierdzone w realizacji zadań wpływających na funkcjonowanie Stadionu Narodowego i zweryfikował obowiązkową treść oferty pod kątem zgodności oferty z SWZ, karta produktu jako informacja o charakterze poglądowym, ogólnym nie przesądza o szczegółowych parametrach oferowanego urządzenia, na których zgodność z SWZ wskazuje treść oferty Przystępującego a także zobowiązanie wynikające z projektowanych postanowień umowy zobowiązujące do dostarczenia produktu zgodnego z SWZ, a także nieobowiązkowy charakter załączenia karty produktu do oferty i, że w konsekwencji Zamawiający nie miał powodów do żądania wyjaśnień.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 - 6 w zw. z § 5 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). W związku z uwzględnieniem jednego zarzutu i oddaleniem pozostałych Izba orzekła o obowiązku ich poniesienia z uwzględnieniem tej okoliczności.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący