Sygn. akt: KIO 1096/24

WYROK

Warszawa, dnia 19.04.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski
Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 2 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę KONE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy R.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.L. z siedzibą w Luboniu

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 4 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach uznanie za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę R.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.L. z siedzibą w Luboniu informacji znajdujących w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 12.03.2024 r. oraz udostępnienie pełnej treści tych wyjaśnień wraz z załącznikami.
2. W pozostałym zakresie odrzuca odwołanie jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w ½ odwołującego i w ½ zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
4. Zasądza od zamawiającego Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz odwołującego KONE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych, zero groszy).
5. Znosi koszty postępowania odwoławczego między stronami w pozostałym zakresie.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: …….....

Sygn. akt: KIO 1096/24

Uzasadnienie

Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest konserwacja urządzeń dźwigowych i usługa pogotowia dźwigowego od 01.03.2024 r. do 28.02.2026 r.”, numer sprawy: ZP-2/PP/2024.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 07.02.2024 r. pod numerem 2024/BZP 00094391/01.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy KONE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w ramach części I, II i III postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez wezwanie po raz drugi w Postępowaniu wykonawcy R.L. do wyjaśnień elementów ceny, pomimo że pierwsze złożone w Postępowaniu wyjaśnienia tego wykonawcy nie były kompletne, konkretne, ani rzetelne, co doprowadziło do sytuacji, że na drugie wezwanie wykonawca RW LIFT złożył kompletnie nowe wyjaśnienia, czego konsekwencją jest naruszenie zasady równego traktowania wykonawców;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1, ust. 3-6 PZP i w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie

odrzucenia oferty R.L. w każdej z części Postępowania, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez R.L. i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3. art. 239 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez bezpodstawne, niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, dokonanie wyboru oferty wykonawcy R.L. w każdej części Postępowania w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę;

ewentualnie

4. art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, dalej „UZNK") poprzez uznanie zastrzeżenia za skuteczne wobec informacji zastrzeżonych przez R.L., pomimo że wykonawca ten nie wykazał przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w każdej z części Postępowania;
2. odrzucenie oferty R.L. jako zawierającej rażąco niską cenę w każdej z części Postępowania;
3. ponowną ocenę ofert w każdej części Postępowania;

ewentualnie, wobec nieuwzględnienia zarzutów nr 1-3 i związanych z nimi żądań:

4. nakazanie zamawiającemu odtajnienie informacji zastrzeżonych przez R.L. jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, że w dniu 15 lutego 2024 r. Zamawiający pismem o sygn. PTBS/NSZ/975/10/02/2024 wezwał wykonawcę R.L. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość cen zawartych w ofertach na I, II i III część Postępowania. Zamawiający wskazał, że „będzie brał pod uwagę przesłanki określone w art. 224 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych, np. oceniając wyjaśnienia Wykonawcy będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, zastosowane opusty ceny, zawarte umowy podwykonawcze itp.". Zamawiający wyznaczył termin złożenia wyjaśnień na 19.02.2024 r.

W dniu 16 lutego 2024 r. wykonawca R.L., złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że: *„cena zawarta w ofercie jest ceną rynkową, wynika z rzeczywistych uwarunkowań gospodarczych i jest wystarczającą, aby w sposób właściwy wywiązywać się z wszelkich obowiązków umownych. Istotnym elementem oferty jest znajomość urządzeń dźwigowych Zamawiającego w związku zawartą umową nr PTBS/127/2021 z dnia 10.01.2022 r. na konserwację 35 dźwigów osobowych.*

Firma R.L., jako podmiot od wielu lat prowadzący działalność będącą przedmiotem Zamówienia korzysta z szerokiej bazy doświadczeń i dostępu do części, a wykwalifikowany personel dokłada wszelkiej staranności w wykonywaniu usług. Wszyscy pracownicy zatrudnieni są na pełen etat na umowę o pracę z wynagrodzeniem znacznie przewyższającym minimalne wynagrodzenie. Również właściciel firmy jako osoba z wieloletnim doświadczeniem na co dzień wspiera swoich pracowników przy wszystkich zadaniach.

Wieloletnie doświadczenie na rynku, wykonywanie wielu usług na rzecz Zamawiającego pozwoliło na złożenie oferty na trzy części o łącznej wysokości brutto 293 362,56 złotych. Wspomniane wcześniej argumenty pozwalają na obniżenie kosztów i zaoferowanie konkurencyjnych cen.

W świetle powyższego, firma R.L. informuje, że cena zaproponowana w postępowaniu przetargowym nie jest rażąco niska i wszystkie zadania umowne będą wykonywane z należytą starannością."

Jak kontynuował Odwołujący, komisja przetargowa uznała powyższe wyjaśnienia za wystarczające (vide: Protokół z badania i oceny ofert, niedatowany) i w dniu 20 lutego 2024 r. poinformowała wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy R.L. w każdej z trzech części Postępowania.

W dniu 26.02.2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty (KIO 626/24).

W dniu 6 marca 2024 r. zamawiający pismem o sygnaturze PTBS/NSZ/1312/16/03/24 poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności wezwania do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę R.L. oraz o

powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Dalej wskazał Odwołujący, że Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 6 marca 2024 roku, co oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie przestała istnieć po wniesieniu odwołania.

Postanowieniem z dnia 11 marca 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie w sprawie KIO 626/24.

W dniu 28 marca 2024 r. Zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty wykonawcy RW Lift jako oferty najkorzystniejszej.

W dniu 29 marca 2024 r. Odwołujący otrzymał informację od Zamawiającego, że RW LIFT ponownie złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał przy tym:

„W związku z Państwa wnioskiem w załączeniu przekazuję wyjaśnienia RW LIFT wraz z załącznikiem. Zamawiający informuje, że dokumenty udostępnione oraz ich treść, a także inne załączniki do wyjaśnień zostały ograniczone lub nieudostępnione, ze względu na zastrzeżenie ich przez Wykonawcę RW LIFT, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Informujemy, że Zamawiający przeprowadził weryfikację słuszności zastrzeżenia informacji przesłanych przez Wykonawcę."

Odnosząc się do treści składanych wyjaśnień Odwołujący wskazał, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia były jednak ogólnikowe, nieprecyzyjne, nie zawierały wykazu kosztów, które wykonawca skalkulował przygotowując ofertę.

Wykonawca wskazał jedynie na swoje „wieloletnie doświadczenie" oraz że „Wszyscy pracownicy zatrudnieni są na pełen etat na umowę o pracę z wynagrodzeniem znacznie przewyższającym minimalne wynagrodzenie.". Co nie mniej istotne – wykonawca R.L. nie złożył z wyjaśnieniami żadnego dowodu.

Jak wskazał Odwołujący, nie ulega wątpliwości, że istotne jest, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem stworzenie podstaw do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty było nieuzasadnione. Na konieczność przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje fakt, iż wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny oferty, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Prawo zamówień publicznych nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza stanowisko prezentowane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie. Przypomnieć należy, że to na wzywanym wykonawcy ciąży ciężar dowodu wykazania, że oferta rażąco niskiej ceny nie zawiera.

Odwołujący na poparcie powyższego stanowiska powołał się również na liczne orzecznictwo KIO oraz wskazał, że obowiązkiem wykonawcy R.L. było więc zaprezentowanie zamawiającemu podstawowych kosztów, które skalkulował w ofercie wykonawca, a więc przede wszystkim: kalkulację czasu pracy (z uwzględnieniem liczby urządzeń, czasu dojazdu, standardów konserwacji i innych warunków realizacji zamówienia), kosztów pracy, z zastrzeżeniem że muszą być one zgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, przy czym wykonawca powinien wykazać zgodność kosztów pracy z realiami rynkowymi, kosztów zabezpieczenia społecznego, kosztów dojazdu (samochód, paliwo), kosztów narzędzi, innych kosztów takich jak: amortyzacja narzędzi, smary, oleje, drobne części zamienne, telefon konserwatora, marży.

Odwołujący dodał, że wykonawca R.L. powołuje się w wyjaśnieniach na realizację umowy nr PTBS/127/2021 z dnia 10.01.2022 r. na konserwację 35 dźwigów osobowych. Umowa ta obejmuje analogiczny zakres zamówienia jak w części III badanego Postępowania (ulice Katowicka, Szyperska/Piaskowa, Folwarczna). Umowa zawarta 10.01.2022 r. przewidywała wynagrodzenie wykonawcy R.L. na poziomie 163 296,00 zł brutto. W badanym Postępowaniu za analogiczny zakres świadczenia wykonawca ten złożył ofertę na 124 027,20 zł (a więc z ceną niższą o 31,66% niż wynagrodzenie ustalone na początku 2022 r.).

Tymczasem skumulowana inflacja za lata 2022-23 wyniosła 25,8%1, a średnie wynagrodzenie w przedsiębiorstwach wzrosło z 7 001,28 zł2 w 2022 r. do 7 768,35 zł3 (dane za styczeń 2024 r.), a więc o prawie 11%. Cena litra benzyny Pb95 w styczniu 2022 r. wynosiła 5,72 zł4, a w styczniu 2024 6,36 zł5 (wzrost o 11%). Nie ma więc żadnych okoliczności, które uzasadniałyby tak znaczące obniżenie ceny względem 2022 roku.

Podkreślił również Odwołujący, R.L. zaoferował znacząco niższą cenę niż odwołujący w sytuacji, gdy 65% wind, których

dotyczy przedmiotowe zamówienie, to windy produkcji odwołującego. Nie jest więc prawdopodobne, że R.L. dysponuje większą wiedzą, doświadczeniem lub lepszymi procedurami, które pozwalają mu tak drastycznie obniżyć cenę niż odwołujący jako producent tych wind.

Dalej Odwołujący przedstawił argumentację dla poparcia tezy, że brak było podstaw do kierowania ponownego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Przystępującego. W szczególności Odwołujący podkreślił, że w piśmie z 6 marca 2024 r. o sygnaturze PTBS/NSZ/1312/16/03/24 Zamawiający wskazał, że „zachodzi konieczność wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, a której to czynności Zamawiający zaniechał". Zamawiający wykorzystał swój błąd w postaci zaniechania wezwania w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu jako pretekst do ponownego wezwania wykonawcy RW LIFT do złożenia wyjaśnień, czym naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ogólnikowość wyjaśnień złożonych przez wykonawcę R.L. wykluczała, zdaniem odwołującego, możliwość wezwania go ponownie do uszczegółowienia. W stanie faktycznym sprawy ponowne wezwanie RW LIFT do wyjaśnień było naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wezwanie to nie polegało bowiem jedynie na uzupełnieniu (uszczegółowieniu) wyjaśnień lub wyjaśnieniu dodatkowych elementów, lecz polegało na złożeniu kompletnie nowych wyjaśnień. W analogicznych stanach faktycznych Izba wypowiadała się przeciwko możliwości ponownego wezwania (przykładowo w wyroku z 3.01.2020 r., KIO 2562/19).

Odwołujący podkreślił, że zaakceptowanie takiego postępowania Zamawiającego mogłoby prowadzić do obejścia prawa. W sytuacji bowiem, gdy preferowany przez Zamawiającego wykonawca nie złożył wyjaśnień bądź złożył je ogólnikowe, Zamawiający z łatwością znalazłby pretekst do unieważnienia czynności pierwszego wezwania (np. z powodu jego ogólnikowości), aby powtórzyć tę czynność i dać ponowną szansę preferowanemu wykonawcy.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy zaniechanie wezwania pozostałych wykonawców w żaden sposób nie wskazywało na konieczność (czy dopuszczalność) unieważniania czynności pierwszego wezwania do złożenia wyjaśnień przez R.L. i wzywania go do wyjaśnień ponownie. Zamawiający powinien był unieważnić jedynie czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i w ramach uzupełniającego badania ofert wezwać pozostałych wykonawców do wyjaśnień składowych ceny.

Odwołujący przedstawił również argumentację dla poparcia zarzutu ewentualnego wskazując przede wszystkim, że jego zdaniem Zamawiający wadliwie ocenił uzasadnienie zastrzeżenia informacji z 12 marca 2024 r., w szczególności w kontekście wykazania przesłanki posiadania przez nie wartości gospodarczej oraz przesłanki podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania informacji w poufności.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 15 kwietnia 2024 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o jego częściowe odrzucenie oraz oddalenie w pozostałym zakresie. Zamawiający wskazywał, że Odwołujący o fakcie unieważnienia czynności wyboru oraz unieważnienia wezwania do złożenia wyjaśnień przez RW LIFT został poinformowany w dniu 6 marca 2024 r. W treści informacji o unieważnieniu czynności Zamawiającego została zawarta informacja również o tym, że Zamawiający wezwie wszystkich oferentów do złożenia wyjaśnień, co też uczynił w dniu 6 marca 2024 r. Na potwierdzenie powyższego stanowiska, tj. wiedzy o terminie dokonanej czynności Zamawiający wskazał na treść pisma Odwołującego z poprzednio prowadzonego postępowania odwoławczego (KIO 626/24), tj. pisma z dnia 7 marca 2024 r., w którym wniósł on o umorzenie postępowania z uwagi na to, że „W dniu 6 marca 2024 r. zamawiający pismem o sygnaturze PTBS/NSZ/1312/16/03/24 poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności wezwania do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę R.L. oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert."

Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, termin na złożenie odwołania od zaskarżonej czynności winien być liczony od daty 6 marca 2024 r., nie zaś od daty 28 marca 2024 r. Odwołujący zatem uchybił terminowi do wniesienia odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego czynności wezwania do złożenia przez RW LIFT wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Niezależnie od powyższego Zamawiający przedstawił również stanowisko merytoryczne w zakresie zarzutu, który jego zdaniem powinien zostać odrzucony, wnosząc o jego ewentualne oddalenie.

Zamawiający dodał również, że za nieuzasadniony uznać również należy zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt i in. ustawy PZP, gdyż Odwołujący stawiając ten zarzut powiela stanowisko zaprezentowane w

pierwszym złożonym przez siebie odwołaniu i odnosi się do stanu sprzed unieważnienia przez zamawiającego czynności wyboru oraz czynności wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający dodał, że wykonawca RW LIFT przedstawił w ramach odpowiedzi na wezwanie szczegółowe kalkulacje oraz dowody – w tym umowy, faktury oraz stosowne kalkulacje, które również pozwoliły Zamawiającemu na ocenę oferty jako nie przedstawiającą rażąco niskiej ceny.

Co więcej, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał zasadności podnoszonego zarzutu, co powinno prowadzić do oddalenia odwołania.

Zdaniem Zamawiającego oddaleniu podlegać powinien również zarzut ewentualny, gdyż Odwołujący nie wykazał jego zasadności. Przede wszystkim Zamawiający wskazał, że dane zastrzeżone przez Przystępującego posiadają wartość gospodarczą, która podlega ochronie, a w przypadku ujawnienia na rzecz firm konkurencyjnych mogłaby być wykorzystana ze szkodą dla wykonawcy, w szczególności poprzez ujawnienie kontrahentów i partnerów handlowych, z którymi współpracuje wykonawca w toku prowadzonej działalności. Dotyczy to również informacji na temat osób skierowanych do realizacji zamówienia wraz z opisem kwalifikacji tych osób.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący ograniczył się jedynie do ogólnych twierdzeń i treści orzeczeń KIO nie wykazując podstaw uzasadniających odtajnienie informacji oraz dokumentów złożonych przez RW LIFT. W ocenie Zamawiającego wybrany wykonawca w wyczerpujący sposób wyjaśnił podstawy uzasadniające utajnienie wskazanych przez siebie informacji oraz dokumentów, w tym m. in. przedłożył dokument – politykę bezpieczeństwa oraz wykazał wartość gospodarczą utajnionych informacji.

Stanowisko zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego:

Pismem złożonym w dniu posiedzenia stanowisko w sprawie zajął wykonawca R.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.L. z siedzibą w Luboniu, dalej jako: „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że unieważnienie czynności pierwszego wezwania było zasadne. Dodał, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał by oferta Przystępującego zawierała rażąco niską cenę oraz że niezasadny jest zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż wykazane zostały w zastrzeżeniu tajemnicy przesłanki z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę R.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.L. z siedzibą w Luboniu. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP.

Izba stwierdziła istnienie przesłanek, o których mowa w art. 528 pkt 3 ustawy PZP, do częściowego odrzucenia odwołania, tj. w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 1-3, jako wniesionych po upływie terminu określonego w ustawie. Szczegółowe uzasadnienie w ww. zakresie znajdzie się w dalszej części uzasadnienia.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo strony oraz uczestnicy zgłaszali wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie ww. wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego i przeprowadzić na ich podstawie dowody. W sytuacji, w której Izba opierała się na konkretnym dowodzie, znajdzie to wyraz w dalszej treści uzasadnienia orzeczenia.

Okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia:

W dniu 15 lutego 2024 r. Zamawiający pismem o sygn. PTBS/NSZ/975/10/02/2024 wezwał wykonawcę R.L. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość cen zawartych w ofertach na I, II i III część Postępowania.

W dniu 16 lutego 2024 r. wykonawca R.L., złożył wyjaśnienia, w których przedstawił stosowne wyjaśnienia.

W dniu 20 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy R.L. w każdej z trzech części Postępowania.

W dniu 26.02.2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty (KIO 626/24).

W dniu 6 marca 2024 r. zamawiający pismem o sygnaturze PTBS/NSZ/1312/16/03/24 poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności wezwania do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę R.L. oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert (dokładna treść pisma przytoczona w dalszej części uzasadnienia).

W dniu 6 marca 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego oraz pozostałych wykonawców do złożenia wyjaśnień ceny.

Pismem z dnia 12 marca 2024 r. Przystępujący przedłożył stosowne wyjaśnienia, których jawność zastrzegł powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący przedstawił następujące uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

„Na zakończenie wskazujemy, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zastrzeżenie, iż nie mogą być ona ujawniane wynika z tego, iż przekazywane dane stanowią cale nasze know-how oraz wprost wskazują czynniki cenotwórcze, które bierzemy pod uwagę przy kształtowaniu oferty i które stanowią o naszej przewadze konkurencyjnej. Podanie ich do wiadomości naszym konkurentom uniemożliwi nam dalsze konkurowanie z nimi, albowiem będą wiedzieli, jak sporządzamy naszą ofertę, co pozwoli im na uzyskanie przewagi w tym zakresie. Jednocześnie wskazujemy, że informacje te znane są tylko osobom ze strony wykonawcy, które uprawnione są do sporządzenia ofert. Natomiast w przypadku zawierania umów o współpracy z jakimikolwiek osobami wspierającymi działania wykonawcy osoby te nie uzyskują wiedzy na temat struktury i sposobu kształtowania cen przez wykonawcę. Ponadto w wyniku zawartych porozumień pracownicy oraz współpracownicy wykonawcy zobowiązani są do zachowania w tajemnicy zasad współpracy w tym sposobu kształtowania cen przez wykonawcę. Dodatkowo wskazujemy, iż zarówno kalkulacje oraz nasze know-how w postaci wiedzy i doświadczenie zabezpieczamy na komputerach chronionych hasłami przed dostępem osób niepowołanych.

Co ważne – zastrzeżone informacje stanowią informacje, które posiadają wartość gospodarczą. Informacje te, a zwłaszcza fakt współpracy z danymi pracownikami oraz dostawcami i uzgodnione z nim warunki cenowe, nie były i nie są ujawnione do wiadomości publicznej. Wykonawca podjął w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wykonawca ma zawarte umowy o zachowaniu poufności oraz wprowadził w firmie Politykę bezpieczeństwa informacji.

Dowód:

1) Umowa o zachowaniu poufności zawierana z kontrahentami

2) Polityka bezpieczeństwa informacji wprowadzona u Wykonawcy

Wyjaśniając powyższe Wykonawca wskazuje bowiem, że przedstawione powyżej informacje o kosztach zakupu materiałów od ww. dostawcy, są niewątpliwie informacjami posiadającymi wartość gospodarczą. Dzięki tym informacjom Wykonawca jest w stanie prowadzić działalność gospodarczą i realnie konkurować z innymi podmiotami prowadzącymi działalność na tym rynku. Ich ujawnienie mogłoby narazić Wykonawcę na poważną szkodę majątkową. Dlatego, że podmioty konkurencyjne mogłyby wykorzystać nabyte w ten sposób know-how i próbować zaopatrywać się u tego samego dostawcy. Informacje o współpracy z dostawcami, a tym bardziej o warunkach handlowych tej współpracy, nie są podawane do publicznej wiadomości, w szczególności nie są przedstawiane w sprawozdaniach finansowych składanych do akt rejestrowych. Oferent podjął również odpowiednie działania w celu zachowania tych informacji w poufności, w szczególności dokumenty w formie papierowej zawierające takie informacje przechowane są w zamykanych szafach, i dostęp do nich mają tylko upoważnione osoby. Informacje zawarte w dokumentach w formie elektronicznej przechowywane są w bazach danych do których dostęp ograniczony jest tylko do upoważnionych osób, które w celu dostępu do tych baz muszą posłużyć się odpowiednimi danymi dostępowymi. Informacje z tych baz (papierowych i elektronicznych) udostępniane są z zastrzeżeniem ich poufności. Są to więc informacje chronione przed dostępem osób nieupoważnionych.

Jednocześnie wskazuję, że informacje, które zostały obecnie zastrzeżone, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa albowiem są to informacje przedstawiające bardzo szczegółowy sposób kalkulacji oferty, co w sytuacji, gdy wykonawcy mieli

dowolność w jego sporządzeniu stanowi o naszej przewadze konkurencyjnej i ujawnienie tych informacji pozbawi nas tejże przewagi w kolejnych postępowaniach, w których będziemy brali udział i będziemy konkurować z wykonawcami uczestniczącymi w tym postępowaniu.

Zgodnie z orzecznictwem KIO za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać przedstawioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku1. KIO swoim orzecznictwie potwierdza, że taki sposób zabezpieczenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest odpowiedni, aby uznać je za utajnione.

Mając powyższe na uwadze podkreślamy, że złożona przez nas oferta zapewnia nam godziwy zysk i odpowiada warunkom rynkowym. Na zakończenie ponownie wskazujemy, że w przypadku szczegółowego wskazania przez Zamawiającego co i dlaczego budzi jego wątpliwości jesteśmy gotowi w szczegółowy sposób udzielić odpowiedzi."

W dniu 27 marca 2024 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Przystępującego.

Uzasadnienie prawne:

Stanowisko w zakresie odrzucenia odwołania:

Celem wykazania zasadności stanowiska zasygnalizowanego we wcześniejszej części uzasadnienia należy w szczególności odwołać się do stanu faktycznego zaistniałego na tle rozpatrywanej sprawy oraz zakresu postawionych zarzutów.

Argumentacja składająca się na zarzuty od 1 do 3 koncentruje się na próbie wykazania, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę (dalej: „RNC"). Co jednak istotne, w niniejszym postępowaniu Przystępujący był wzywany do złożenia wyjaśnień RNC dwukrotnie. Pierwsze wezwanie miało miejsce dnia 15 lutego 2024 r. (pismo o sygn.: PTBS/NSZ/975/10/02/2024). Odpowiedź na pierwsze wezwanie została udzielona w dniu 16.02.2024 r.

Drugie wezwanie miało miejsce w dniu 06.03.2024 r. (pismo znak: PTBS/NSZ/1313/20/03/2024). Odpowiedź została udzielona w dniu 12.03.2024 r. – wyjaśnienia zostały zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zarzuty nr 1-3 dotyczą wyłącznie okoliczności związanych wyjaśnieniami nr 1 oraz ich oceną przez Zamawiającego.

Pierwszy wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce w dniu 20.02.2024 r. W reakcji na ww. rozstrzygnięcie Odwołujący wniósł pierwsze odwołanie (sygn. akt: KIO 626/24), którym kwestionował zaniechanie Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę jego oferty i błędną ocenę wyjaśnień RNC przedłożonych przez Przystępującego. Co do zasady argumentacja ta została powielona w obecnie wniesionym odwołaniu w ramach zarzutów 1-3.

Na skutek podjętych przez Zamawiającego czynności postępowanie odwoławcze zostało umorzone. Zamawiający pismem z dnia 06.03.2024 r. (znak: PTBS/NSZ/1312/16/03/2024) unieważnił bowiem m. in. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność wezwania do złożenia wyjaśnień RNC przez Przystępującego. Jak wskazano w treści pisma: *„Zamawiający unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynność wezwania do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę R.L. i przystępuje do powtórzenia czynności zmierzających do wyjaśnienia i oceny złożonych w toku postępowania ofert. Zamawiający podjął decyzję o powtórzeniu ww. czynności po ponownej analizie złożonych ofert uznając, iż zachodzi konieczność wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny także pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, a której to czynności Zamawiający zaniechał. Zgodnie bowiem z przepisem art. 224 ust. 2 pkt 1 pzp w przypadku gdy gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.*

Zamawiający wskazuje, że przesłanki opisane w ww. przepisie spełniało kilka ofert, zaś wezwany do złożenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny został wyłącznie jeden oferent. Wobec tego zachodzi konieczność naprawienia ww. błędu.

Jednocześnie Zamawiający podkreśla, że błąd popełniony przez niego jest usuwalny, a naprawienie wadliwie podjętych czynności jest konieczne. Zamawiający jest zobowiązany do jej naprawienia dla zawarcia ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Z uwagi na fakt, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień skierowane do oferenta nie pozwalało na weryfikację poprawności złożonej oferty, Zamawiający kierując się zasadami udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 i 17 PZP dokona modyfikacji wezwania i wezwie wszystkich oferentów spełniających warunki opisane w przepisie art. 224 PZP, do złożenia stosownych wyjaśnień, a następnie ponownie oceni złożone oferty oraz dokona wyboru najkorzystniejszej oferty w terminach przewidzianych w ustawie."

Dalej należy wskazać, że zarzuty 1-3 odnoszą się tylko i wyłącznie do pierwszych wyjaśnień RNC. Z oczywistych względów nie dotyczą one wyjaśnień drugich, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa – Odwołujący w tym zakresie postawił zarzut ewentualny dążący do ujawnienia zastrzeżonych wyjaśnień.

Postawione zarzuty w pierwszej kolejności kwestionują dokonaną przez Zamawiającego ocenę przedłożonych wyjaśnień nr 1, a także zasadność skierowania do Przystępującego ponownego wezwania. W skrócie – zdaniem Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony do skierowania ponownego wezwania, a ocenie powinny podlegać tylko i wyłącznie wyjaśnienia nr 1.

Wskazać jednak należy, że o tym, iż Zamawiający nie będzie brał pod uwagę wyjaśnień nr 1 i ponownie skieruje wezwanie do Przystępującego Odwołujący dowiedział się już w momencie opublikowania na platformie przetargowej pisma o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wezwania do złożenia wyjaśnień Przystępującego. Z treści uzasadnienia o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wynika wprost, że Zamawiający unieważnia również czynność wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny oraz że sformułuje ponowne, bardziej szczegółowe wezwanie do Przystępującego i pozostałych wykonawców i dokona ponownej oceny złożonych wyjaśnień. Tym samym Odwołujący, któremu zależało na tym by ocenie podlegały tylko i wyłącznie pierwsze wyjaśnienia, a co jest istotą zarzutów 1-3, powinien był zareagować w momencie powzięcia informacji o tym, że nie będą one podlegać ocenie oraz przedstawić argumentację, która obecnie jest przedmiotem postawionych zarzutów. Tym samym w momencie opublikowania przez Zamawiającego informacji o unieważnieniu czynności szkoda po stronie odwołującego nie była tylko hipotetyczna lecz realna, gdyż wtedy wiedział on już, że pierwsze wyjaśnienia nie będą podlegały ocenie, a Zamawiający skieruje ponowne wezwanie do Przystępującego. Należy więc dojść do wniosku, że obecnie przedstawiana przez odwołującego argumentacja mogła zostać podniesiona właśnie w reakcji na ówczesną czynność zamawiającego i nic nie stało na przeszkodzie by tak właśnie uczynić.

Tym samym uznać należy, że termin na wniesienie odwołania jeśli chodzi o argumentację składającą się na zarzuty 1-3 rozpoczął bieg w momencie powzięcia przez Odwołującego informacji wskazanych w piśmie o unieważnieniu czynności z dnia 06.03.2024 r. (znak: PTBS/NSZ/1312/16/03/2024). Tym samym zarzuty 1-3 podlegają odrzuceniu, zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy PZP.

Odnosząc się do wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania w całości, który zgłoszony został w reakcji na częściowe odrzucenie odwołania, o którym mowa we wcześniejszej części uzasadnienia, Izba pragnie wskazać, że nie zgodziła się z argumentacją Przystępującego. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Przystępujący powoływał się na argument, iż pozostały samodzielny zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa – nawet w razie jego uwzględnienia, nie będzie miał wpływu na wynik postępowania. W pierwszej kolejności nadmienić należy, że jest to ewentualny powód do oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia.

Dalej należy dodać, iż w sytuacjach podobnych jak w niniejszej sprawie, tj. w razie utajnienia wyjaśnień RNC, najczęściej spotykane są dwa sposoby formułowania zarzutów odwołania. Pierwszy z nich polega na postawieniu podstawowego zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego rażąco niskiej ceny, w którym to zarzucie argumentacja dotycząca utajnionych wyjaśnień jest przedstawiana niejako „w ciemno" wobec ich nieznajomości. W ten sposób odwołujący próbują zabezpieczyć się przed uprawomocnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w razie oddalenia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, próbując „w ciemno" przedstawiać argumentację odnoszącą się do złożonych wyjaśnień. Drugi sposób polega na postawieniu samodzielnego zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, a w razie jego uwzględnienia i odtajnienia wyjaśnień RNC, złożeniu drugiego odwołania odnoszącego się do odtajnionych i znanych już wyjaśnień.

Obie ww. konstrukcje są oczywiście dopuszczalne i leżą w wyłącznej gestii Odwołującego. Odwołujący formułując

zarzuty odwołania jak w niniejszej sprawie oczywiście naraża się na ryzyko, iż w razie nieuwzględnienia odwołania w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, kwestia rażąco niskiej ceny w zakresie wyjaśnień nr 2 w ogóle nie zostanie przez Izbę rozpatrzona, a czynność Zamawiającego w tym zakresie się uprawomocni, ale jest to wybór Odwołującego, który w ten, a nie inny sposób skonstruował odwołanie.

Dodać również należy, że o treści i zakresie zarzutu przesądza argumentacja powołana dla jego uzasadnienia, a nie tylko i wyłącznie treść petitum. W treści odwołania Odwołujący powołał w ramach spóźnionego zarzutu RNC argumentację dotyczącą tylko i wyłącznie wyjaśnień nr 1, koncentrując się na próbie wykazania, że to te wyjaśnienia powinny podlegać ocenie, a wezwanie do złożenia wyjaśnień nr 2 było nieuprawnione. Fakt, że Izba uznała postawione zarzuty za spóźnione nie oznacza jednak, że Odwołujący nie będzie mógł już w ogóle podnosić zarzutu rażąco niskiej ceny wobec wyjaśnień nr 2. Należy mieć bowiem na uwadze, że wyjaśnienia nr 2 nie zostały mu odtajnione. Tym samym Odwołujący na dzień ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej nie miał jeszcze szansy podniesienia argumentacji ich dotyczących. Odwołujący nie ma obowiązku podnoszenia argumentów wobec wyjaśnień utajnionych „w ciemno" i równie dobrze może najpierw kwestionować sam fakt ich utajnienia, a dopiero po ich odtajnieniu formułować szczegółową argumentację.

Tym samym potencjalny wpływ na wynik postępowania jest ewidentny, gdyż w razie uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący będzie mógł zapoznać się z utajnionymi wyjaśnieniami i zdecydować o ewentualnym wniesieniu odwołania.

Z kolei fakt odrzucenia odrzucenia odwołania w zakresie zarzutów nr 1-3 czyli m. in. w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny nie oznacza, że Odwołujący nie będzie mógł tego zarzutu powołać po odtajnieniu mu wyjaśnień nr 2. Należy bowiem przypomnieć, że obecnie postawiony zarzut ograniczony był tylko i wyłącznie do wyjaśnień nr 1 oraz braku zasadności skierowania do Przystępującego ponownego wezwania – Odwołujący nie kwestionował wyjaśnień nr 2 i nie miał takiego obowiązku.

Wobec powyższego, wniosek i argumentacja Przystępującego nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zarzut nr 4:

Na wstępie należy wskazać, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowym elementem zarówno funkcjonowania systemu zamówień publicznych jak i zasadności (transparentności) wydatkowania na ten cel środków publicznych. Z powyższego stanowiska należy wywieść, że tylko w sytuacjach wyjątkowych istnieje możliwość ograniczenia jawności postępowania i to wyłącznie w uzasadnionych przypadkach i po spełnieniu wskazanych w przepisach prawa przesłanek. Każdy podmiot starający się o uzyskanie zamówienia finansowanego że środków publicznych winien mieć powyższą kwestie na względzie (tak: KIO w wyroku z dnia 26 lutego 2019 r., KIO 260/19).

Zdaniem Izby uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ściśle w granicach jej definicji, zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913- dalej „uznk").

Zgodnie z treścią tego przepisu, który statuuje definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, 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.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że zastrzeżona informacja spełnia łącznie wystąpienie następujących przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

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

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Podkreślić przy ty należy, że 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 UZNK, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 30 maja 2022 r., XXIII Zs 69/22). Zdaniem Izby wykazanie polega na wiarygodnym przedstawieniu okoliczności uzasadniających określone stanowisko, które dla potwierdzenia jego zasadności powinno opierać się o weryfikowalne założenia, które najczęściej znajdują oparcie w załączonych dokumentach.

Mając powyższe na uwadze, celem rozstrzygnięcia zasadności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający powinien skonfrontować treść wyjaśnień z przesłankami uzasadniającymi ich zastrzeżenie, a wymienionymi w ustawie uznk oraz ocenić czy przesłanki te zostały przez wykonawcę wykazane.

Zdaniem Izby Zamawiający w sposób błędny ocenił dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie, gdyż nie wykazał on wszystkich przesłanek, o których mowa w ustawie uznk.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Przystępujący nie wykazał by zastrzegane przez niego informacje posiadały wartość gospodarczą. Co istotne, Przystępujący zastrzegł całe dokumenty, a nie ich fragmenty, co każe twierdzić, iż jego zdaniem wszystkie dane w zastrzeganych dokumentach wartość gospodarczą posiadają. Tymczasem w treści uzasadnienia próżno szukać argumentacji, która odnosiłaby się w sposób zindywidualizowany do informacji, które zostały zastrzeżone. Przystępujący formułuje ogólne wyjaśnienia i tak naprawdę nie wskazuje co konkretnie jego zdaniem posiada wartość gospodarczą ograniczając się do ogólnych zapewnień o „know-how" oraz o czynnikach cenotwórczych, które bierze pod uwagę przy kształtowaniu oferty i które stanowią o jego przewadze konkurencyjnej. Tymczasem, co zostało zasygnalizowane wcześniej, uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane do gry konkurencyjnej wykonawców.

Zasada jawności jest jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wykonawca, który decyduje się na udział w postępowaniach na rynku publicznym musi liczyć się z tym, że nie będzie mógł zachować w tajemnicy czegokolwiek co subiektywnie uzna za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazać bowiem należy, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 24 listopada 2021 r., XXIII Zs 87/21).

Co więcej, Izba po analizie zastrzeżonych informacji doszła do wniosku, że nie zawierają one żadnych informacji unikalnych faktycznie stanowiących „know-how" wykonawcy. Dodać należy, że przedmiot zamówienia jak w niniejszym postępowaniu, tj. konserwacja urządzeń dźwigowych i usługa pogotowia dźwigowego nie jest zamówieniem o charakterze wyjątkowym, niespotykanym. Nie jest to zamówienie, w ramach którego w wyjaśnieniach ceny można oczekiwać przedstawienia jakichś unikalnych rozwiązań, nieznanych dotychczas wykonawcom funkcjonującym na rynku. Takie też informacje nie znalazły się w złożonych wyjaśnieniach. Uzasadnionym jest przekonanie, że każdy profesjonalista wie jak prawidłowo takie zamówienie wykonać i skalkulować cenę ofertową, a samo wyjaśnienie skąd wykonawca wziął takie ceny, a nie inne, nie powinno stanowić „wiedzy tajemnej", której ujawnienie unicestwi danego wykonawcę na rynku utrzymaniowym urządzeń dźwigowych. Izba nie dała wiary w tym zakresie oświadczeniom Przystępującego.

Dodać należy, że sam fakt, iż zastrzeżone informacje przedstawiają czynniki cenotwórcze, które wykonawca bierze pod uwagę przy kształtowaniu ceny oferty, podstawy dokonywania wyceny oraz dane przykładowych dostawców nie stanowi jeszcze, że można uznać je za swoiste know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez wykonawcę oraz że informacje te posiadają wartość gospodarczą. Przystępujący nie wykazał by informacje te taką wartość posiadały, a jedynie oświadczył, że jego zdaniem tak jest. Co jednak zostało podkreślone we wcześniejszej części uzasadnienia – to czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nie zależy od oświadczenia dysponenta tej informacji, a od tego czy spełnione zostały przesłanki z ustawy uznk – a jeśli chodzi o niniejszą sprawę – czy Przystępujący wykazał istnienie tych przesłanek wobec zastrzeganych informacji w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby Przystępujący nie podołał wymogowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

W zakresie kosztów zakupu materiałów zgodzić należy się z Odwołującym, że fragment uzasadnienia, który się do nich odnosi został sformułowany w sposób ogólnikowy i nieprecyzyjny. Nie wiadomo przede wszystkim, o jakie materiały chodzi. Wykonawca nie przedstawia również jakiegokolwiek dodatkowego uzasadnienia, z którego wynikałoby dlaczego fakt zaopatrywania się u danego dostawcy faktycznie stanowi jego przewagę konkurencyjną oraz dlaczego ujawnienie tej informacji miałoby narazić go na szkodę. Sam fakt, że inny podmiot zaopatrywałby się u tego samego dostawcy nie oznacza, że dostawca ten automatycznie zerwałby współpracę z Przystępującym lub że warunki współpracy uległy by pogorszeniu. Należałoby oczekiwać, że Przystępujący opisze w szczegółach te unikalne okoliczności świadczące o wartości gospodarczej tych informacji (np. to, że określony dostawca jest jedynym dostawcą na rynku lub w danym regionie geograficznym, stosuje wyjątkowo korzystne warunki współpracy itp.), czego jednak zaniechał.

Podsumowując zgodzić należy się z Odwołującym, że wykonawca RW LIFT nie wykazał więc wartości gospodarczej dla zastrzeganych informacji. Brak przypisania i wykazania wartości gospodarczej dla danej informacji skutkuje koniecznością odtajnienia jej jako nieskutecznie zastrzeżonej przez wykonawcę.

W zakresie przesłanki nr 3 należy wskazać, że dowody mające potwierdzać jej wykazanie (polityka bezpieczeństwa oraz wzór umowy o zachowaniu poufności), zostały przez Przystępującego w całości zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tego rodzaju praktykę uznać należy za oczywiście nieprawidłową. W pierwszej kolejności należy wskazać, że żaden fragment uzasadnienia nie odnosi się do tychże dokumentów. Przystępujący nie wykazuje dlaczego powinny one zostać utajnione. Skoro tak, Zamawiający nie powinien bezkrytycznie przejść obok takiego postępowania Przystępującego i wskazane dokumenty ujawnić.

Dodatkowym uzasadnieniem dla takiego działania jest fakt, że ww. dokumenty stanowią de facto część uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w wyjaśnieniach ceny (ich załączenie do wyjaśnień ma na celu tylko i wyłącznie wykazanie istnienia przesłanki nr 3). Ich utajnienie uniemożliwia weryfikację prawidłowość dokonanego zastrzeżenia przez innych wykonawców, w tym Odwołującego. Aprobując tę praktykę Zamawiający de facto odebrał innym wykonawcom prawo do skutecznego wniesienia odwołania i kwestionowania wykazania wszystkich przesłanek wskazanych w ustawie uznk. Utajnienie ww. dokumentów uniemożliwiało podniesienie przez Odwołującego pełnej argumentacji w odniesieniu do przesłanki dotyczącej podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania w poufności zastrzeganych informacji.

W końcu należy w pełni zgodzić się z Odwołującym i powołanymi przez niego poglądami orzecznictwa i doktryny w zakresie zastrzegania pełnej treści dokumentów, a nie jedynie fragmentów, które na to zasługują. Izba w pełni podziela zaprezentowaną przez Odwołującego argumentację w tym zakresie i przyjmuje ją jako swoją.

Podsumowując należy wskazać, że Przystępujący nie wykazał by zastrzeżone przez niego informacje posiadały wartość gospodarczą. W sposób nieuprawniony została zastrzeżona również jawność dokumentów, które stanowią de facto część uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co uniemożliwiło zaprezentowanie pełnej argumentacji Odwołującemu. Skoro więc Przystępujący nie wykazał istnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w ustawie uznk, Zamawiający powinien uznać dokonane zastrzeżenie za nieskuteczne i odtajnić zastrzeżone dokumenty w całości.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Działając w oparciu o § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia i rozdzielając odpowiedzialność za koszty postępowania odwoławczego po połowie Izba miała na uwadze, że zarzuty odrzucone (1-3), za które odpowiedzialność ponosi Odwołujący, dotyczyły de facto wspólnych okoliczności i były ze sobą nierozerwalnie związane, a zatem zasadnym było potraktowanie ich jako jednego zarzutu, którego Izba nie uwzględniła.

Przewodniczący: ……