

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Rafał Komorń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2024 r. przez wykonawcę **Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości z siedzibą w Warszawie** przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy **SHARP Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **FAXPOL A.I. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 3 z uwagi na jego wycofanie,
2. w pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, uznanie za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez wykonawcę FAXPOL A.I. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i wezwanie wykonawcy SHARP Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

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 797/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Najem drukarek z pełną obsługą i materiałami” (znak postępowania: p/205/BI/2023). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 grudnia 2023 r. pod nr 00795292-2023.

W dniu 11 marca 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego i zaniechań czynności, tj.:

- 1) czynności wyboru oferty wykonawcy FAXPOL A.I. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Faxpol”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) zaniechanie odtajnienia i udostępnienia pełnej treści wyjaśnień ceny oferty Faxpol (dalej także jako: „RNC”) złożonych przez wykonawcę Faxpol w postępowaniu,
- 3) zaniechanie wezwania do wyjaśnień RNC wykonawcy Sharp Electronics (Europe) GMBH sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Sharp”) w zakresie ceny oferty zamówienia podstawowego oraz zamówienia realizowanego w ramach prawa opcji, pomimo zmaterializowania się ustawowych przesłanek ku temu,
- 4) zaniechanie udostępnienia pełnej treści protokołu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

(t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, dalej jako: „UZNK”) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień RNC złożonych przez wykonawcę Faxpol, podczas gdy z uzasadnienia zastrzeżenia przedmiotowych wyjaśnień, jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Faxpol wynika, że Faxpol nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 UZNK, w związku z czym informacje w nich zawarte nie zostały zastrzeżone w sposób skuteczny, co powinno prowadzić do ujawnienia ich treści przez Zamawiającego, a czego brak doprowadził do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców („Zarzut nr 1”),

2) art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień RNC wykonawcy Sharp w zakresie ceny oferty zamówienia podstawowego i prawa opcji, podczas gdy cena oferty wykonawcy Sharp zarówno dla zamówienia podstawowego jak i prawa opcji jest niższa o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, co obligowało Zamawiającego do wystosowania takowego wezwania do Sharp i co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców („Zarzut nr 2”),

3) naruszenie art. 74 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z treścią Załącznika Nr 1 Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez zaniechanie ujawnienia pełnej treści protokołu postępowania, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady przejrzystości określonej w art. 16 pkt 2) ustawy Pzp („Zarzut nr 3”).

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Faxpol jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 3) odtajnienia wyjaśnień RNC złożonych przez wykonawcę Faxpol i udostępnienia ich Odwołującemu,
- 4) wezwania do wyjaśnień RNC wykonawcy Sharp w zakresie zamówienia podstawowego i prawa opcji,
- 5) udostępnienia pełnej treści protokołu postępowania,
- 6) z daleko posuniętej ostrożności – odrzucenia oferty wykonawcy Faxpol z postępowania z uwagi na rażąco niską cenę oferty Faxpol w prawie opcji.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył w postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, zgodną ze wszystkimi wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący ma realne szanse na uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy z Zamawiającym, pomimo, że jego oferta znajduje się obecnie na trzeciej pozycji w rankingu ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 29 lutego 2024 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 11 marca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego:

W odniesieniu do zarzutu nr 1 Odwołujący stwierdził, że:

- a) Faxpol nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają dla niego wartość gospodarczą, co więcej należy wskazać, że w świetle orzecznictwa KIO nie jest możliwe całościowe zastrzeganie wyjaśnień RNC;
- b) Faxpol nie wykazał przesłanki podjęcie działań w celu zachowania informacji w poufności, nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów na ogólnikową próbę wykazania tej przesłanki.

Jak uzasadniał Odwołujący, samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma w przypadku Faxpol charakter fasadowy i jego wyłącznym celem jest ograniczenie innym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie Zamówienia dostępu do wyjaśnień, kalkulacji dokonanej przez Faxpol, weryfikacji przedmiotowej kalkulacji oraz ewentualnego zakwestionowania ceny w Prawie opcji, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Faxpol nie podał wartości gospodarczej dla żadnej z zastrzeganych informacji. Owszem, są w tych wyjaśnieniach nierzadkie zapewnienia o ich wartości, lecz nie pada ani jedna kwota, ani jeden przedział wartości. Zdaniem Odwołującego, charakter Zamówienia nie wymaga złożonych kalkulacji cenowych, warunkujących konieczność dokonywania skomplikowanych szacunków. Dokumentacja Postępowania zawiera sztywne parametry do których dostosować musieli się wykonawcy. Sposób kalkulacji zatem nie jest żadnym know how Faxpol, który zasługuje na szczególną ochronę.

Odwołujący podniósł też brak wykazania przesłanki podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności. Informacje na temat rzekomego wykazania tej przesłanki znajdują się w pkt. 2.1-2.8 Uzasadnienia zastrzeżenia Faxpol, treść pkt. 2.1-2.8 pełna jest nieweryfikowalnych stwierdzeń, nie popartych żadnymi dowodami. Pomijając fakt, że nie ma żadnego dowodu na to, że Faxpol wdrożył u siebie System Kontroli Dostępu, należy uznać, że powyższa informacja to zdecydowanie za mało by wykazać podjęcie działań w celu zachowania informacji w poufności, zwłaszcza, że podstawą oferty Faxpol jest uzyskanie oferty od podmiotów trzecich, co można stwierdzić choćby po ilości załączników dozastrzeganych wyjaśnień RNC. Wykonawca Faxpol nie wykazał (vide „nie udowodnił”), że:

- a) podmioty trzecie od których otrzymał oferty zastrzegły, że przekazane informacje stanowią ich tajemnicę przedsiębiorstwa, nie mówiąc już o przedstawieniu fragmentów umów, czy klauzul zobowiązujących Faxpol do zachowania otrzymanych informacji w poufności;
- b) zobowiązał swoich pracowników do zachowania informacji w poufności, nie mówiąc już o przedstawieniu fragmentów umów z pracownikami, które by takowe klauzule o zachowaniu informacji w poufności zawierały;
- c) że posiada np. udokumentowany system bezpieczeństwa informacji, czy wspomniany System Kontroli Dostępu w swoim przedsiębiorstwie, nie mówiąc już o obowiązku przedstawienia choćby fragmentu dokumentu, który posiadanie takowego systemu by dokumentował.

Zatem zdaniem Odwołującego, Faxpol nie przedstawił do wyjaśnień RNC choćby cienia dowodu na podjęcie działań w celu zachowania informacji w poufności, co dla Zamawiającego winno być wystarczającą podstawą do odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień tego wykonawcy. Tym samym, nieuzasadnione jest twierdzenie, że wykonawca Faxpol sprostął czynności zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z czym Zamawiający zobligowany był do odtajnienia tych wyjaśnień, czego nie uczynił i udostępnienia ich Odwołującemu.

Uzasadniając zarzut nr 2 Odwołujący wskazał, że wykonawca Sharp z ofertą za zamówienie podstawowe w wysokości 818 968,32 zł brutto oraz w wysokości 577 293,6 zł brutto za prawo opcji winien być wezwany do wyjaśnień ceny oferty zarówno w zakresie zamówienia podstawowego, jak i w zakresie prawa opcji. Przy czym biorąc pod uwagę wartość wszystkich złożonych ofert w postępowaniu w ramach prawa opcji i szacunkową kwotę dla tego zamówienia, należy stwierdzić, że wszyscy wykonawcy winni zostać wezwani do wyjaśnień w zakresie ceny oferty dla prawa opcji. Odwołujący zwraca uwagę, że zaniechanie Zamawiającego jest tym istotniejsze dla przebiegu postępowania, gdyż dopiero otrzymując wyjaśnienia w zakresie ceny oferty od 3 wykonawców, Zamawiający mógł stwierdzić, czy oferta któregoś z wykonawców nie zawiera rażąco niskiej ceny, czy np. wykonawca Faxpol, którego oferta jest prawie ośmiokrotnie niższa niż wartość szacunkowa Zamawiającego (plus VAT) w Prawie opcji nie przeniósł w sposób niedozwolony kosztów wykonania zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego.

Odwołujący podnosił, że wezwanie do wyjaśnień ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp nie ma charakteru fakultatywnego – jeżeli zająd okoliczności wymienione w tym w przepisie Zamawiający jest zobligowany do wezwania każdego wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu do wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty. Co ciekawe biorąc pod uwagę choćby treść wezwania do wyjaśnień ceny oferty skierowanego do Faxpol, zdaje się, że Zamawiający jest również świadomy obligatoryjności wezwania na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego nie jest zatem wiadomym, dlaczego Zamawiający odstąpił od swojego ustawowego obowiązku i nie wezwał również choćby wykonawcy Sharp do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty za Zamówienie podstawowe i Prawo opcji. Końcowo należy uznać, że Zamawiający nie przeprowadził procedury badania i oceny ofert w sposób prawidłowo, gdyż nie zbadał, czy oferta Sharp nie podlega odrzuceniu z Postępowania z uwagi na podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny oferty zarówno w zakresie Zamówienia podstawowego, jak i Prawa opcji.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 21 marca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

W szczególności Zamawiający podniósł, iż dokonanie przez Faxpol zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dedykowane zostało temu konkretnemu postępowaniu, podmiot ten złożył wyjaśnienia o zindywidualizowanym charakterze, które wskazywały na zaistnienie wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 UZNK. Faxpol wykazał, że w stosunku do zastrzeżonych przez niego informacji zachodzą dwie pierwsze przesłanki uzasadniających dokonanie takiego zastrzeżenia (tj. informacje mają charakter organizacyjny, posiadają wartość gospodarczą, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób). Podobnie się stało, jeśli chodzi o wykazanie trzeciej przesłanki tj. wykazał podjęcie działań w celu zachowania ich poufności. Przystępujący w treści pisma wskazał, iż podjął takie działania dokonując zastrzeżenia oraz zawarł umowy o poufności z współpracownikami. Wykazanie przez Faxpol tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazania wartości gospodarczej nastąpiło za pomocą środków dowodowych, w tym także złożenia oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone

informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Dlatego nie było podstaw by kwestionować objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie RNC. Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego jakoby Faxpol w sposób nieuprawniony zastrzegł całościowo wyjaśnienia RNC. Informacje zawarte w treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień RNC stanowią szczegółową kalkulację zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny w odniesieniu do prawa opcji. Przyjęta przez Faxpol metoda kalkulacji ceny, jak i przywołane w wyjaśnieniach RNC konkretne dane cenotwórcze wpływające na to, że cena oferty obejmująca prawo opcji nie jest ceną rażąco niską, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również którzy uczestniczą w tym postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego informacje te powstały na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Kalkulacja cenowa złożona przez Faxpol powstała na potrzeby rzeczowego postępowania, a podmiot ten wykazał, iż informacje te mają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości i podjął stosowne działania celem zachowania ich poufności. Tym samym w ocenie Zamawiającego brak jest podstaw by w realiach niniejszej sprawy kwestionować całościowe wyjaśnienia wykonawcy w zakresie RNC za prawo opcji. Ponadto Faxpol wykazał, iż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie są powszechnie dostępne oraz podjął działania mające na celu zachowanie tych informacji w poufności.

W zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał natomiast ceny za zamówienia podstawowe i prawo opcji podane przez wykonawcę Sharp nie wpłynęły na powzięcie przez Zamawiającego decyzji o kierowaniu do Sharp wezwania do wyjaśniania RNC w stosunku do zamówienia podstawowego i prawa opcji. Po stronie Zamawiającego brak wątpliwości z tym związanych wynikało z następujących czynników: doświadczenia Zamawiającego przy udzielaniu tego rodzaju zamówienia, znajomości cen rynkowych czy wreszcie cen wszystkich ofert złożonych w tym postępowaniu. Przy przyjęciu do analizy RNC całkowitej ceny ofert złożonych przez wykonawców i przyjęciu szacowanej wartości Zamawiający musiałby wezwać wszystkich wykonawców do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Co mogłoby spotkać się z zarzutem nadmiernej interpretacji zapisów ustawy, tym bardziej Ustawodawca w ww. przepisie przewidział wyjątek od obowiązku wzywania wykonawcy do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W realiach niniejszego postępowania konieczność zastosowania przez Zamawiającego procedury badania RNC było poprzedzone szczegółową i rzetelną analizą wszystkich okoliczności danego przypadku, w tym tych oczywistych, które uzasadniają niezasadność jej prowadzenia. Ponadto w ocenie Zamawiającego kierowanie do Sharp wezwania do wyjaśnienia RNC w zakresie zamówienia podstawowego oraz prawa opcji nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, oferta Faxpol ciągle będzie najkorzystniejsza, nadal pozostanie na pierwszym miejscu, zaś oferta Sharp albo pozostałaby na drugim miejscu, gdyby Zamawiający uznał wyjaśniania RNC albo mogłaby podlegać odrzuceniu, gdyby Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień RNC w odniesieniu do zamówienia podstawowego i prawa opcji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Odnosząc się w tym miejscu do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2) ustawy Pzp, należy wskazać, iż w ocenie Izby wniosek ten nie zasługiwał na uwzględnienie. Izba uznała Odwołującego za podmiot uprawniony do wniesienia odwołania. Przepisy art. 505 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wyraźnie określają krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania. Zalicza się do niego m. in. wykonawcę, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Jak podnosi się w orzecznictwie, podmiotem nieuprawnionym jest podmiot niebędący wykonawcą, uczestnikiem postępowania, np. podmiot, który nie złożył oferty. Zatem, dopiero gdyby Odwołujący przestał być uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, jego odwołanie, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, podlegałoby odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2) ustawy Pzp.

Izba ustaliła ponadto, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie zgłosili: Sharp po stronie Odwołującego oraz Faxpol stronie Zamawiającego. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpień ani opozycji przeciw przystąpieniom do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego zgłoszonych przez: Sharp po stronie Odwołującego oraz Faxpol po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz dowody przedłożone przez Strony na posiedzeniu i rozprawie.

Stan faktyczny sprawy nie był sporny i został wyczerpująco przytoczony przez Strony i uczestnika postępowania, wobec

czego nie będzie on powielany przez Izbę.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestników postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutów nr 1 i 2.

Natomiast wobec złożenia przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu zarzutu nr 3 postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w sytuacji wycofania części zarzutów odwołania.

Zarzut nr 1

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez Faxpol, należy po pierwsze zauważyć, iż w tym zakresie badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez Faxpol uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zarazem Izba nie ocenia, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Nie jest też rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji. Izba rozstrzyga zatem, czy Zamawiający słusznie ocenił, że Faxpol uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. To właśnie treść uzasadnienia ma kluczowy wpływ na to, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dojdzie do odstąpienia od zasady jawności poprzez powstanie elementów traktowanych jako informacje niejawne. Z takiego uzasadnienia ma zatem wynikać, czy spełnione zostały przesłanki uznania danego rodzaju kategorii danych za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, dalej „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 ustawy Pzp.

Przy czym, przez tajemnicę przedsiębiorstwa, według art. 11 ust. 2 uznk 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.

Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonywującego i terminowego wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym podkreślić trzeba, że użycie przez ustawodawcę sformułowania nakładającego na wykonawcę obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej niż samo oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Niewątpliwie jako „wykazanie” nie można kwalifikować ogólnego zapewnienia, że przedstawione informacje spełniają określone w art. 11 ust. 2 uznk przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie. Przykładowo, jak wskazała Izba w wyroku z dnia 17 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2440/19: „Użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych [obecnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp] sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowodzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstąpienia od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorących udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i - jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”.

Wskazać zatem należy, że Faxpol, aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji zawartych w piśmie z dnia 16 lutego 2024 r. zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom

zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

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

Następnie, należy podkreślić, co wielokrotnie wyrażano w orzecznictwie Izby, że sam zakres, czy sposób zastrzegania informacji powinien następować wyjątkowo wobec zasad jawności postępowania i przejrzystości oraz z zastosowaniem zasady minimalizmu, to znaczy pojedyncze dane (np. dane liczbowe, nazwy kontrahentów), pojedyncze wersy lub ich fragmenty, pojedyncze zdania lub ich fragmenty, pojedyncze akapity lub ich fragmenty, pojedyncze strony lub ich fragmenty itd., a całe dokumenty jedynie w ostateczności, gdy nie ma innej możliwości, gdyż w zamówieniach publicznych w rzeczywistości jedynie wyjątkowo zdarza się, że całe dokumenty – od początku do końca – są ową informacją posiadającą cechy tajemnicy. Należy zauważyć, iż Faxpol niemal w całości dokonał zastrzeżenia złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Rzecz jasna, w ocenie Faxpol, te informacje zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, wypełniając ustawowe przesłanki ochrony wynikające z uznk, niemniej dopuszczalność powoływania się na ochronę określonych informacji związanych z działalnością przedsiębiorstwa wymaga wskazania przez wykonawcę precyzyjnych informacji, jakie należy objąć ochroną i wykazania, że w stosunku do nich występują wszystkie wymogi określone w uznk.

W ocenie Izby Zamawiający niesłusznie uznał, że zastrzeżenie informacji przedstawione przez Faxpol z dnia 16 lutego 2024 r. zasługuje na chronienie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie składu orzekającego Faxpol nie dopełnił obowiązku wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przekazane przez Faxpol uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo swojej objętości, ma bardzo ogólny charakter i nie odnosi się w sposób konkretny do informacji i dokumentów objętych zastrzeżeniem. Należy zauważyć, iż swoją argumentację Faxpol buduje poprzez kilkukrotne powtarzanie ogólnych stwierdzeń i prezentację fragmentów orzecznictwa sądów i Izby. Uzasadnienie to nie dotyczy treści wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i dowodów złożonych przez Faxpol ani tego, dlaczego każdy z załączników do wyjaśnień lub chociażby każda kategoria dokumentów zasługuje na objęcie ich ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zastrzeżone wyjaśnienia ceny zawierają różnego rodzaju informacje, do których Faxpol nie odniosło się konkretnie w treści uzasadnienia zastrzeżenia.

W opinii Izby Faxpol nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. W tym miejscu należy wskazać, że wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2023 roku (sygn. akt XXIII Zs 24/23), że warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazania, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne. Natomiast nie jest istotne, czy omawiana wartość jest wysoka, czy niska, ważne jest, aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji. Izba popiera też stanowisko doktryny i orzecznictwa co do tego, że wykazanie przesłanki wartości gospodarczej nie musi oznaczać podania konkretnej wartości. Może ono polegać na rzeczowym uzasadnieniu, złożeniu wyjaśnień, w zależności od charakteru informacji bazowych. Wartość tę można omówić i wykazać w odniesieniu do każdej z zastrzeganych informacji. Jednakże takich elementów uzasadnienia zastrzeżenia informacji złożone przez Faxpol nie zawiera. Faxpol posłużył się ogólną argumentacją, na podstawie której uznał, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą. Należy przy tym zauważyć, że sama subiektywna ocena wykonawcy, że dane informacje posiadają wartość gospodarczą, nie może zostać uznana za wykazanie spełnienia omawianej przesłanki. Faxpol, przedstawiając swoją argumentację, wskazywał, iż zastrzeżone informacje dotyczą sposobu kalkulacji ceny. Należy jednak zaznaczyć, że co do zasady, kalkulacja ceny oferty nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, chyba że wykonawca będzie w stanie wykazać zasadność objęcia tego zakresu tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednorazowy charakter kalkulacji nie został jednak przez Faxpol wykazany. Z jednej strony Faxpol potwierdzał, iż przedkładane wyjaśnienia i załączniki stanowią unikalne zestawienie konkretnych elementów ceny oferty, specjalnie na potrzeby tego postępowania, z drugiej zaś wskazywał, że ujawnienie kalkulacji ceny może obniżyć szansę Faxpol na uzyskanie kolejnych zamówień w przyszłości. Nie zostało jednak przytoczone przez Faxpol, na czym miałyby polegać ten unikalny sposób kalkulacji. Faxpol nie podał bowiem, w jakim zakresie zastosował jakieś uniwersalne, niestandardowe metody wyceny, które, gdyby zostały ujawnione, mogłyby być wykorzystane przez konkurencję w innych postępowaniach. Brak jest jakiegokolwiek analizy pomiędzy predykcjami Faxpol a subiektywnym założeniem poniesienia szkód. Faxpol, powołując się jedynie na ogólne stwierdzenia, wskazywał też, że ujawnienie informacji narazi go na szkodę w postaci uzyskania przewagi rynkowej przez konkurencję w przyszłych postępowaniach poprzez ujawnienie zasad współpracy z kontrahentami, podważenie wiarygodności i zaufania kontrahentów, ich utratę, czy sankcje odszkodowawcze. Jednakże przy zachowaniu tak ogólnego poziomu argumentacji, opartego na subiektywnych, kilkukrotnie powtarzanych stwierdzeniach, nie oznacza to jeszcze, że takie informacje prezentują wartość gospodarczą danego przedsiębiorstwa. W ocenie Izby za tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób uznać również spodziewanego zysku. Podsumowując, Izba uznała, że Faxpol nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

Faxpol nie wykazał również przesłanki, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a podmiot zastrzegający podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Faxpol powołał się na *szereg zabezpieczeń o charakterze organizacyjnym i prawnym*, w tym funkcjonujący w swoich siedzibach systemy kontroli dostępu, czy podjęte środki ostrożności jak nieupublicznianie zastrzeżonych informacji i dokumentów na stronie internetowej Faxpol. Elementów tych brakuje jednak w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Faxpol bardzo ogólnie zaprezentował takie twierdzenia, nie załączył jednak jakichkolwiek dowodów, z których wynikałoby choćby wprowadzenie takiego systemu kontroli dostępu ani podjęcie innych działań w celu utrzymania ich poufności. Nie można więc w obiektywny sposób potwierdzić tez przedstawionych przez Faxpol. Przy tym należy zwrócić uwagę, że choć Faxpol wskazywał na potrzebę zachowania tych informacji w poufności, powołując się na ww. podjęte środki, to wprost też nie wskazał, że zastrzeżone informacje objęte są klauzulą poufności. Na marginesie trzeba wskazać, że nawet zamieszczenie w dokumencie klauzuli poufności nie może stanowić wystarczającej przesłanki do uznania, że dokument nie podlega ujawnieniu, w sytuacji gdy dokonanie takiego zastrzeżenia nie jest uzasadnione. W odmiennym przypadku, zmierzałoby to do nadużywania prawa ochrony informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W razie zaistnienia omawianej okoliczności, słusznym rozwiązaniem byłoby przygotowanie przez wykonawcę wersji dowodów z zamazanymi danymi identyfikującymi kontrahentów, bądź też, jeżeli kontrahenci stosują charakterystyczne wzory dokumentów firmowych, wersji dowodów obejmujących wyłącznie ich treść, z wyłączeniem danych kontrahentów. Uzupełniając Izbę przypomina, iż wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ma swój określony termin, tj. zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca musi zastrzec, że informacje te nie mogą być udostępniane, oraz musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec tego, podnoszone przez Faxpol argumenty na etapie postępowania odwoławczego należy uznać za nieistotne dla oceny zaistniałego stanu faktycznego.

Mając na uwadze powyższe, zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 2

Przechodząc do zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny Sharp w zakresie ceny oferty zamówienia podstawowego i prawa opcji, podczas gdy cena oferty Sharp zarówno dla zamówienia podstawowego jak i prawa opcji jest niższa o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, co obligowało Zamawiającego do wystosowania takowego wezwania do Sharp i co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w ocenie Izby zarzut ten również zasługiwał na uwzględnienie.

Po pierwsze, zgodnie z brzmieniem art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp: w przypadku 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.

Przepis ten wprowadza zatem dla zamawiającego obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień między innymi w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. Innymi słowy, za każdym razem, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp okoliczności, należy wszcząć procedurę wyjaśniającą. Wyjątkiem od wspomnianego obowiązku wezwania do wyjaśnień jest sytuacja, w której rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Wówczas zamawiający może powstrzymać się od skierowania wezwania do wykonawcy. Niemniej jednak taki wniosek zamawiający może wyprowadzić wyłącznie w stosunku do okoliczności dostrzeganych natychmiastowo, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji, a więc w przypadku okoliczności oczywistych. Oczywiście takich okoliczności oznacza, że wiadomość o nich rozwiewa wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Każdorazowo zatem zamawiający będzie musiał ocenić, czy stwierdzone rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych.

W przedmiotowym stanie faktycznym niewątpliwie ceny całkowite każdej z ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym cena oferty Sharp, były niższe od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług o ponad 30%. Zaistniały przypadek rodził co do zasady obowiązek wezwania do wyjaśnień Sharp, chyba że rozbieżność wynikała z okoliczności oczywistych. Nie sposób jednak, zdaniem Izby, wywnioskować, iż za rozbieżnościami stały okoliczności oczywiste, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp.

Po pierwsze sam Zamawiający w udzielonej odpowiedzi na odwołanie przyznał, iż konieczność zastosowania przez Zamawiającego procedury badania rażąco niskiej ceny było poprzedzone szczegółową i rzetelną analizą wszystkich okoliczności danego przypadku, w tym tych oczywistych, które uzasadniają niezasadność jej prowadzenia. Podjęcie zatem szczegółowej i rzetelnej analizy wszystkich okoliczności danego przypadku nie może być w ocenie Izby utożsamiane z natychmiastową konkluzją bez konieczności analizy podobnych sytuacji. Trudno też dla Izby przyjąć jako uzasadnienie to, że dla Zamawiającego brak wątpliwości związanych z rozbieżnością, wynikał między innymi ze znajomości cen rynkowych, skoro jak sam Zamawiający przyznał na rozprawie, wartość zamówienia (notabene ustalona, jak przekazał Zamawiający, na podstawie rozeznania rynkowego) mogła zostać przeszacowana. Nie można też jako uzasadnienia zaniechania wezwania uznać tłumaczenia Zamawiającego, iż Zamawiający musiałby wezwać wszystkich wykonawców do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co mogłoby spotkać się z zarzutem nadmiernej interpretacji zapisów ustawy. To właśnie przepisy ustawy Pzp zobowiązują zamawiających do konkretnych czynności w określonych sytuacjach i nie można czynić zarzutu z tytułu zastosowania się do przepisu prawa. Wreszcie, za niezrozumiałe i niekonsekwentne należy potraktować przyjęte w trakcie postępowania odwoławczego stanowisko Zamawiającego co do słuszności niewzywania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Sharp ze względu, iż rozbieżności wynikały z okoliczności oczywistych wobec faktu uprzedniego wezwania do wyjaśnień Faxpol na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie mamy zatem w tym przypadku do czynienia z rozbieżnościami wynikającymi z okoliczności oczywistych, co prowadzi do stwierdzenia, iż Zamawiający zaniechał wezwania Sharp w zakresie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty. Wobec czego, zarzut nr 2 Izba uznała za zasadny.

Na marginesie Izba wskazuje, że nie podziela argumentacji Zamawiającego o braku wpływu na wynik postępowania, który spowodować może nakazanie wezwania Sharp do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Poza obowiązkiem wnikliwego zbadania poprawności ofert przez Zamawiającego należy wziąć pod uwagę, że w następstwie potwierdzenia się zarzutu nr 1, otwiera się droga do ustalenia nowego wyniku postępowania wobec ponownego badania i oceny ofert.

W związku z powyższym uwzględnieniem zarzutów nr 1 i 2 odwołania, Izba nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, uznanie za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez Faxpol i wezwanie Sharp do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) 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).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....