Sygn. akt: KIO 4828/24

WYROK

Warszawa, dnia **20 stycznia 2025 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **Remarkable Ones sp. z o.o. w Warszawie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi w Warszawie**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy **Fabryka Marketingu sp. z o.o. w Warszawie**

orzeka:

1. **uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa następujących dokumentów złożonych przez wykonawcę Fabryka Marketingu sp. z o.o. w Warszawie:**
   a)Strategia i koncepcja kreatywna kampanii,
   b)Mediaplan do Strategii i koncepcji kreatywnej kampanii,
   c)Próbki formatów reklamowych;
   d)dokument – wyjaśnienie rażąco niskiej ceny – Fabryka Marketingu 11.10.2024 (w zakresie punktów I-IV) oraz zanonimizowana umowa tajemnica przedsiębiorstwa;
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi w Warszawie w części ½**oraz wykonawcę **Remarkable Ones sp. z o.o. w Warszawie w części ½** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 g r** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Remarkable Ones sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   3.2. zasądza od **Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Remarkable Ones sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **9.300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy).

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 4828/24

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

Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi w Warszawię zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „prowadzenie w Internecie i serwisach społecznościowych kampanii z zakresu działania Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 września 2024 r., Dz.U. S: 173/2024, nr 534038-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 20 grudnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Remarkable Ones sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego za brak podpisanych próbek formatów reklamowych dla kampanii elektronicznym podpisem kwalifikowanym, w sytuacji gdy oferta zawierała dodatkowo te same, wymagane w SWZ, próbki formatów reklamowych dla kampanii również w treści dokumentu pn. Strategia koncepcji kreatywnej kampanii – złożonej wraz z ofertą (załączniku nr 4) – podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, w wyniku czego doszło do pominięcia w ocenie oferty odwołującego.
2) art. 16 ust. 1 i 2 w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej: „ustawą ZNK”) przez błędne

uznanie, że dokumenty i wyjaśnienia złożone przez Fabryka Marketingu sp. z o.o. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, tj.:

- Strategia i koncepcja kreatywna kampanii,
- Mediaplan do Strategii i koncepcji kreatywnej kampanii,
- Próbki formatów reklamowych;
- dokument – wyjaśnienie rażąco niskiej ceny – Fabryka Marketingu 11.10.2024 (w zakresie punktów I-IV) oraz zanonimizowana umowa tajemnica przedsiębiorstwa

choć nie wykazał on przesłanek warunkujących uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w wyniku czego doszło do naruszenia zasady jawności postępowania oraz prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również przejrzysty, a w konsekwencji doprowadziło do odmowy ich udostępnienia odwołującemu.

3) zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 2 w części dotyczącej wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp i w związku z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Fabryka Marketingu, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz przez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Fabryka Marketingu jako najkorzystniejszej oraz unieważnienia wyniku postępowania dla części 1 z dnia 10 grudnia 2024 r., w tym unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego;
2)odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu;
3)dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Fabryka Marketingu sp. z o.o. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowych postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Art. 18 Pzp stanowi:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), 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.

Art. 224 ustawy Pzp stanowi:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.
2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) 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;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

6) nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest prowadzenie kampanii w Internecie i serwisach społecznościowych kampanii z zakresu działania MRiRW.

Ustalono także, że w SWZ zamawiający przewidział m.in.:

5. PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE

Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą (Formularz oferta - załącznik nr 2 do SWZ) przygotowanych na podstawie briefu komunikacyjnego (załącznik nr 2a do SWZ) nw. przedmiotowych środków dowodowych służących ocenie w ramach kryteriów oceny ofert:

1) strategii i koncepcji kreatywnej, służącej do oceny w ramach kryterium nr 3 – Ocena strategii i koncepcji kreatywnej kampanii „Technologie i innowacje w rolnictwie"

2) 4 próbek formatów reklamowych dla kampanii „Technologie i innowacje w rolnictwie" służącym do oceny w ramach kryterium nr 4 – Ocena próbek formatów reklamowych.

Uwaga:

Wyżej wskazane przedmiotowe środki dowodowe muszą zostać opatrzone przez wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

14. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWYWANIA OFERTY

4. Do oferty należy dołączyć:

3) Przygotowane próbek (spójnych ze sobą) formatów reklamowych dla kampanii „Technologie i innowacje w rolnictwie" (kryterium nr 4 - Ocena próbek formatów reklamowych) – razem 4 próbki (sporządzone w odrębnych, opisanych plikach oraz dodatkowo wszystkie w jednym pliku np. w prezentacji):

•jeden post na Facebook – copy z grafiką (post nr 1),

•jeden post na Facebook (z inną treścią niż post nr 1) - copy z animowanym załącznikiem (post nr 2);

•jedną koncepcję 30-sekundowej animacji 2d dedykowanej do Internetu w formie opisu i ilustrowanego scenariusza (storyboard lub fotostory);

•jedną próbkę 10-sekundowej animacji 2d do powyższej koncepcji w dowolnej technice produkcyjnej, z napisami, z udźwiękowieniem (z podkładem lektorskim i muzycznym).

Zamawiający określa dopuszczalne formaty przesyłanych próbek o wielkości do 2 GB w formatach: txt, rtf, pdf ,xps, odt, ods, odp, doc, xls, ppt, docx, xlsx, pptx, csv, jpg, jpeg, tif, tiff, geotiff, png, svg, wav, mp3, avi, mpg, mpeg, mp4, m4a, mpeg4, ogg, ogv, zip, tar, gz, gzip, 7z, html, xhtml, css, xml, xsd, gml, rng, xsl, xslt, TSL, XMLsig, XAdES, CAdES ASIC, XMLenc.

Przygotowane próbki formatów reklamowych (pojedyncze pliki) i składane są w formie elektronicznej, tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy.

17. SPOSÓB OBLICZENIA CENY

2. Wykonawca w załączniku nr 1 do formularza „Oferta" – „Kosztorys działań" poda ceny brutto za świadczenie działań wyszczególnionych w „Kosztorysie działań" (cena jednostkowa działania w zł brutto będzie wskazana na podstawie jednostki przyjętej do wyliczenia ceny jednostkowej brutto).

3. Ceną brutto oferty jest suma wartości wszystkich cen jednostkowych podanych w cz. 1. Działania wymagane przez zamawiającego, załączonego do formularza „OFERTA", „Kosztorysu działań".

4. Ceny brutto wskazane w „Kosztorysie działań" i prowizje wskazane w formularzu „OFERTA", będą wiążące dla obu stron przez cały okres obowiązywania umowy, dlatego też w tych cenach i w prowizjach należy uwzględnić wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz ująć wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

8. Zamawiający zastrzega, że ceny brutto wskazane przez Wykonawcę w „Kosztorysie działań" oraz formularzu „OFERTA" (w cz. I Cena całkowita oferty) nie mogą mieć wartości 0,00 złotych.

(por. SWZ, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że do zamawiającego wpłynęły następujące oferty z cenami brutto:

Lp.	Wykonawca	Cena
1	FABRYKA MARKETINGU Sp. z o.o.	58 609,50 zł brutto
2	NOVEM Sp. z o.o.	62 766,90 zł brutto
3	TARRAYA S.A.	104 961,25 zł brutto
4	ONE HORIZON Sp. z o.o.	200 930,00 zł brutto
5	Media Group Sp. z o.o.	280 884,50 zł brutto.
6	REMARKABLE ONES Sp. z o.o.	87 600,00 zł brutto
7	EMEDIA Sp. z o.o.	160 392,00 zł brutto
8	Aplan Media sp. z o.o.	189 309,30 zł brutto
9	CREATIVEHARDER Sp. z o.o.	158 450,00 zł brutt

(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy).

Ustalono także, że na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 1.500.000,00 zł.

(por. informacja o ww. kwocie, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że odwołujący złożył wraz z ofertą załączniki:

- Załącznik nr - 5a_Post na Facebook - copy z grafikągrafika.png.xml,
- Załącznik nr - 5b_Post na Facebook - copy z grafikącopy.png.xml,
- Załącznik nr 6a_Post na Facebook - copy z animowanym załącznikiem animowany załącznik.mp4.xml,
- Załącznik nr 6b_Post na Facebook - copy z animowanym załącznikiem_copy.png.xml
- Załącznik nr 8_Próbka 10-sekundowej animacji 2d.mp4.xml.

Ww. załączniki zostały opatrzone podpisem zaufanym.

Ustalono także, że odwołujący złożył wraz z ofertą plik Załącznik nr 4_Prezentacja Strategii i koncepcji kreatywnej kampanii „Technologie i innowacje w rolnictwie.pdf w formacie pdf opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Ustalono również, że w pliku Załącznik nr 4_Prezentacja Strategii i koncepcji kreatywnej kampanii „Technologie i innowacje w rolnictwie.pdf, faktycznie podpisanym podpisem kwalifikowanym, odwołujący zamieścił:

- treści powielone z 2 próbek formatów reklamowych zawierające jeden post na Facebook – copy z grafiką (post nr 1) oraz jedną koncepcję 30-sekundowej animacji 2d dedykowanej do Internetu w formie opisu i ilustrowanego scenariusza

(storyboard lub fotostory) zawierające tekst wraz z grafiką;

- 2 linki dostępu do treści znajdujących się w 2 próbkach: (1) jeden post na Facebook (z inną treścią niż post nr 1) – copy z animowanym załącznikiem (post nr 2) oraz (2) jedną próbkę 10-sekundowej animacji 2d do powyższej koncepcji w dowolnej technice produkcyjnej, z napisami, z udźwiękowieniem (z podkładem lektorskim i muzycznym) zawierające animacje wideo.

(por. oferta odwołującego, w aktach sprawy).
Kolejno ustalono, że przystępujący Fabryka Marketingu Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą m.in. dokumenty: Strategia i koncepcja kreatywna kampanii, Mediaplan do Strategii i koncepcji kreatywnej kampanii, Próbki formatów reklamowych

Przystępujący Fabryka Marketingu Sp. z o.o. oświadczył także, że zastrzega ww. dokumenty jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa W uzasadnieniu zastrzeżenia przystępujący Fabryka Marketingu sp. z o.o. oświadczył, że *informacje zawarte w dokumentach: Kosztorys działań, Strategia i koncepcja kreatywna kampanii, Mediaplan do Strategii i koncepcji kreatywnej kampanii oraz Próbki formatów reklamowych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, dotyczącą posiadanych zasobów oraz wiedzy umożliwiających realizację złożonych zamówień. Wykonawca podjął odpowiednie kroki, aby chronić powyższe informacje. Informacje te, w zakresie przedstawionym w ww. dokumencie, nie są powszechnie znane, nie były również przedmiotem publicznego ogłoszenia, przedstawienia itp. Informacje zawarte w dokumentach: Kosztorys działań, Strategia i koncepcja kreatywna kampanii, Mediaplan do Strategii i koncepcji kreatywnej kampanii oraz Próbki formatów reklamowych zostały objęte ochroną tajemnicy, ponieważ mają charakter handlowy i posiadają wartość gospodarczą, m.in. ze względu na indywidualnie wypracowaną optymalizację warunków cenowych poszczególnych elementów oferty oraz wskaźników kampanii. Opisują one potencjał organizacyjny, a także możliwości Fabryki Marketingu Sp z o.o. Podanie tych informacji przez Zamawiającego do publicznej wiadomości, w tym dla firm konkurencyjnych, mogłoby spowodować osłabienie pozycji konkurencyjnej Wykonawcy przy udziale w kolejnych zamówieniach publicznych.*

Ponadto należy zaznaczyć, że u podmiotu ubiegającego się o zamówienie funkcjonują szczególne zasady ochrony informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wynikające z regulacji wewnętrznych, w których to dokumentach określono bezpieczne warunki przetwarzania informacji prawnie chronionych i wykluczono nieuprawnione ich wykorzystanie lub nielegalne udostępnianie. Dokumenty te zawierają w szczególności opis środków i sposobów zabezpieczeń, które są stosowane do pracowników oraz do podmiotów trzecich w zakresie zapewnienia poufności danych chronionych. (…)

Podsumowując stwierdzamy, że dane, które zostały zastrzeżone w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowią krytyczną i niezwykle istotną wartość Wykonawcy. Bez zachowania ich poufności nie można skutecznie konkurować na wolnym rynku. Wymagania bezpieczeństwa i środków zabezpieczeń odpowiadają wartości biznesowej oraz potencjałowi szkody dla działalności biznesowej, które mogłyby być wynikiem braku tych zabezpieczeń.
(por. uzasadnienie zastrzeżenia, w aktach sprawy).
Kolejno ustalono, że pismem z 8 października 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp wezwał przystępującego Fabryka Marketingu Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty w celu ustalenia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, co następuje.
Cena brutto oferty złożonej przez Wykonawcę będąca sumą cen jednostkowych brutto z Kosztorysu działań stanowiącego załącznik nr 1 do Formularza ofertowego wynosi 58 609,50 zł brutto i jest o 59,55% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp.

W związku z powyższym proszę o wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), w tym w projekcie umowy wraz załącznikami.

Zamawiający żąda złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny w celu stwierdzenia możliwości należytej realizacji przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia za podane ceny jednostkowe wszystkich nw. pozycji z Kosztorysu działań:
Poz. 1.10 Stworzenie relacji InstaStory (grafika + copy) – 246,00 zł
Proszę o wyjaśnienie zmniejszenia ceny tej pozycji w kosztorysie w porównaniu do wyceny w kosztorysie z obecnie obowiązującej umowy pomiędzy MRiRW a Fabryką Marketingu w sytuacji wzrostu cen usług w 2023, w 2024 i dalszego prognozowanego ich wzrostu w 2025 r. – inflacji, a także większych kosztów pracy. Cena zaproponowana przez Państwa jest rażąco niska w stosunku do pozostałych ofert w postępowaniu oraz cen rynkowych tych usług. W kosztorysie obowiązującej umowy pozycja wyceniona była na 369,00 zł.
Poz. 1.42 Animacja 2d 15" typu "explainer video" (scenariusz, montaż, udźwiękowienie - lektor/muzyka bank, transkrypcja) - 861,00 zł

Proszę o przedstawienie szczegółowej kalkulacji cenowej powyższej pozycji wraz z dowodami, poprzez wyszczególnienie jednostkowych składowych ceny to jest: scenariusza, montażu, udźwiękowienia - lektor/muzyka bank, transkrypcji. Cena zaproponowana przez Państwa jest rażąco niska w stosunku do pozostałych ofert w postępowaniu oraz cen rynkowych tych usług

Poz. 1.43 Animacja 2d 30" typu "explainer video" " (scenariusz, montaż, udźwiękowienie - lektor/muzyka bank, transkrypcja) – 1 107,00 zł

Proszę o przedstawienie szczegółowej kalkulacji cenowej powyższej pozycji wraz z dowodami, poprzez wyszczególnienie poszczególnych jednostkowych składowych ceny to jest: scenariusza, montażu, udźwiękowienia – lektor/muzyka bank, transkrypcji. Cena zaproponowana przez Państwa jest rażąco niska w stosunku do pozostałych ofert w postępowaniu oraz cen rynkowych tych usług.

Poz. 1.44 Animacja 2d 45" typu "explainer video" – (scenariusz, montaż, udźwiękowienie - lektor/muzyka bank, transkrypcja)

Proszę o przedstawienie szczegółowej kalkulacji cenowej powyższej pozycji, tj. wyszczególnienie poszczególnych jednostkowych składowych ceny: scenariusza, montażu, udźwiękowienia – lektor/muzyka bank, transkrypcji. Proszę o wyjaśnienie zmniejszenia ceny tej pozycji w kosztorysie w porównaniu do ceny w kosztorysie z obecnie obowiązującej umowy pomiędzy MRiRW a Fabryką Marketingu w sytuacji wzrostu cen usług w 2023, w 2024 i dalszego prognozowanego ich wzrostu w 2025 r. – inflacji, a także większych kosztów pracy. W kosztorysie obowiązującej umowy pozycja wyceniona była na kwotę 1 476,00 zł.

Cena zaproponowana przez Państwa jest rażąco niska w stosunku do pozostałych ofert w postępowaniu oraz cen rynkowych tych usług.

Poz. 1.45 Animacja 2d 60" typu "explainer video" (scenariusz, montaż, udźwiękowienie - lektor/muzyka bank, transkrypcja) – 1 476,00 zł

Proszę o przedstawienie szczegółowej kalkulacji cenowej powyższej pozycji wraz z dowodami, poprzez wyszczególnienie poszczególnych jednostkowych składowych ceny to jest: scenariusza, montażu, udźwiękowienia – lektor/muzyka bank, transkrypcji. Proszę o wyjaśnienie zmniejszenia ceny tej pozycji w kosztorysie w porównaniu do ceny w kosztorysie z obecnie obowiązującej umowy pomiędzy MRiRW a Fabryką Marketingu w sytuacji wzrostu cen usług w 2023, w 2024 i dalszego prognozowanego ich wzrostu w 2025 r. – inflacji, a także większych kosztów pracy. W kosztorysie obowiązującej umowy pozycje wyceniona była na kwotę 1 845,00 zł. Cena zaproponowana przez Państwa jest rażąco niska w stosunku do pozostałych ofert w postępowaniu oraz cen rynkowych tych usług.

Poz. 1.46 Animacja 2d 90" typu "explainer video" (scenariusz, montaż, udźwiękowienie - lektor/muzyka bank, transkrypcja) – 1 599,00 zł

Proszę o przedstawienie szczegółowej kalkulacji cenowej powyższej pozycji wraz z dowodami, poprzez wyszczególnienie poszczególnych jednostkowych składowych ceny to jest: scenariusza, montażu, udźwiękowienia – lektor/muzyka bank, transkrypcji. Proszę o wyjaśnienie zmniejszenia ceny tej pozycji w kosztorysie w porównaniu do ceny w kosztorysie z obecnie obowiązującej umowy pomiędzy MRiRW a Fabryką Marketingu w sytuacji wzrostu cen usług w 2023, w 2024 i dalszego prognozowanego ich wzrostu w 2025 r. – inflacji, a także większych kosztów pracy. W kosztorysie obowiązującej umowy pozycje wyceniona była na kwotę 2.214,00 zł.

Cena zaproponowana przez Państwa jest rażąco niska w stosunku do pozostałych ofert w postępowaniu oraz cen rynkowych tych usług.

Poz. 1.47 Animacja 2d 120" typu "explainer video" (scenariusz, montaż, udźwiękowienie - lektor/muzyka bank, transkrypcja) – 1 722,00 zł

Proszę o przedstawienie szczegółowej kalkulacji cenowej powyższej pozycji wraz z dowodami, poprzez wyszczególnienie poszczególnych jednostkowych składowych ceny to jest: scenariusza, montażu, udźwiękowienia – lektor/muzyka bank, transkrypcji. Proszę o wyjaśnienie zmniejszenia ceny tej pozycji w kosztorysie w porównaniu do ceny w kosztorysie z obecnie obowiązującej umowy pomiędzy MRiRW a Fabryką Marketingu w sytuacji wzrostu cen usług w 2024 i dalszego prognozowanego ich wzrostu w 2025 r. – inflacji, a także większych kosztów pracy. W kosztorysie obowiązującej umowy pozycje wyceniona była na kwotę 2 583,00 zł.

Cena zaproponowana przez Państwa jest rażąco niska w stosunku do pozostałych ofert w postępowaniu oraz cen rynkowych tych usług.

Poz. 1.57 Przygotowanie jednej akcji promocyjnej z Influencerami (blogerzy, właściciele profili na np. FB, Instagramie, LinkedIN, TikTok, YT), którzy kierują swoje treści do grup rolniczych lub innej grupy docelowej wskazanej przez Zamawiającego, zasięg kampanii do osiągnięcia minimum 50 000 UU – 4 305,00 zł.

Proszę o szczegółową kalkulację wyceny wraz z dowodami.

Dodatkowo biorąc pod uwagę konieczność przekazania zamawiającemu praw do wszystkich materiałów po zakończeniu każdego zlecenia, proszę o informację o sposobie i terminie szacowania wskazanej w kosztorysie kwoty w tej pozycji.

Cena zaproponowana przez Państwa jest rażąco niska w stosunku do pozostałych ofert w postępowaniu oraz cen rynkowych tych usług

Poz. 1.58 Przygotowanie jednej akcji promocyjnej z Influencerami (blogerzy, właściciele profili np. na FB, Instagramie, LinkedIN, TikTok, YT), którzy kierują swoje treści do grup rolniczych lub innej grupy docelowej wskazanej przez Zamawiającego. Zasięg kampanii do osiągnięcia minimum 100 000 UU – 5 535,00 zł

Proszę o wyjaśnienie zmniejszenia ceny tej pozycji w kosztorysie w porównaniu do ceny w kosztorysie z obecnie obowiązującej umowy pomiędzy MRiRW a Fabryką Marketingu w sytuacji wzrostu cen usług w 2023, w 2024 i dalszego prognozowanego ich wzrostu w 2025 r. – inflacji, a także większych kosztów pracy. W kosztorysie obowiązującej umowy pozycja

wyceniona była na kwotę 8 610,00 zł

Dodatkowo biorąc pod uwagę konieczność, po zakończeniu danego zlecenia, przekazania zamawiającemu praw do wszystkich materiałów po zakończeniu każdego zlecenia prosimy, proszę o informację o sposobie i terminie szacowania wskazanej w kosztorysie kwoty w tej pozycji, a przede wszystkim przekazania praw przez influencerów. Cena zaproponowana przez Państwa jest rażąco niska w stosunku do pozostałych ofert w postępowaniu oraz cen

rynkowych tych usług.

Poz. 1.59 Przygotowanie jednej akcji promocyjnej z Influencerami (blogerzy, właściciele profili na np. FB, Instagramie, LinkedIN, TikTok, YT), którzy kierują swoje treści do grup rolniczych lub innej grupy docelowej wskazanej przez Zamawiającego, zasięg kampanii do osiągnięcia minimum 150 000 UU - 6 150,00 zł

Dodatkowo biorąc pod uwagę konieczność, po zakończeniu danego zlecenia, przekazania zamawiającemu praw do wszystkich materiałów zamawiającemu po zakończeniu każdego zlecenia prosimy, proszę o informację o sposobie i terminie szacowania wskazanej w kosztorysie kwoty w tej pozycji. Cena zaproponowana przez Państwa jest rażąco niska w stosunku do pozostałych ofert w postępowaniu oraz cen rynkowych tych usług.

Poz. 1.60 Realizacja podcastu (w tym min. scenariusz, produkcja, prowadzenie redakcyjne, transkrypcja i dostosowanie do potrzeb osób z niepełnosprawnościami, emisja) – 1 230,00 zł Proszę o przedstawienie szczegółowej kalkulacji cenowej powyższej pozycji wraz z dowodami, poprzez wyszczególnienie poszczególnych jednostkowych składowych ceny to jest: scenariusza, produkcji, prowadzenia redakcyjnego, transkrypcji i dostosowania do osób z niepełnosprawnościami, emisji, wynajęcia studia nagraniowego.

Cena zaproponowana przez Państwa jest rażąco niska w stosunku do ofert w postępowaniu oraz cen rynkowych tych usług.

Ceny pozycji w Kosztorysie przygotowanym przez Wykonawcę przedstawione powyżej budzą wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający żąda złożenia wyjaśnień, również w poniższym zakresie:

1) wykazania, że w kalkulacji zaoferowanej ceny uwzględniono koszty pracy pracowników w realizacji zamówienia, w tym zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

3) wskazania przewidywanego zysku.

Wyjaśnienia Wykonawcy mogą także dotyczyć:

1) zarządzania procesem świadczonych usług;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;

3) oryginalności usług oferowanych przez Wykonawcę;

4) wskazania czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie ryzyka związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia;

5) szczególnie korzystnych warunków kontraktowych Wykonawcy z kontrahentami popartych ofertami handlowymi, umowami współpracy, kartami katalogowymi, itp.;

6) potwierdzenia, że w ofercie uwzględniono wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz określonymi w dokumentach zamówienia wymaganiami.

(…)

Zamawiający podkreśla, że składane przez Wykonawcę wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość oferty powinny być poparte dowodami potwierdzającymi możliwość należytej realizacji przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę, którymi przykładowo mogą być: umowy z kontrahentami, oferty zawierające informację na temat aktualnych cen, informacje na temat otrzymanych rabatów, etc.

(por. ww. wezwanie zamawiającego, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący Fabryka Marketingu Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia z 11 października 2024 r. Treść tych wyjaśnień została zastrzeżona jako jego tajemnica przedsiębiorstwa. Wobec powyższego ich treść nie zostanie przytoczona.
(por. wyjaśnienia , w aktach sprawy).

Przystępujący Fabryka Marketingu Sp. z o.o. oświadczył także, że zastrzega ww. wyjaśnienia jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa w zakresie punktów I-IV, a także zanonimizowaną umowę tajemnica przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu zastrzeżenia przystępujący Fabryka Marketingu sp. z o.o. oświadczył, że*informacje zawarte w dokumentach Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny - Fabryka Marketingu 11.10.2024 w zakresie punktów I-IV oraz zanonimizowana umowa tajemnica przedsiębiorstwa stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, dotyczącą posiadanych zasobów oraz wiedzy umożliwiających realizację złożonych zamówień. Wykonawca podjął odpowiednie kroki, aby chronić powyższe informacje. Informacje te, w zakresie przedstawionym w ww. dokumencie, nie są powszechnie znane, nie były również przedmiotem publicznego ogłoszenia, przedstawienia itp. Informacje zawarte w dokumentach Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny - Fabryka Marketingu 11.10.2024 w zakresie punktów I-IV oraz zanonimizowana umowa tajemnica przedsiębiorstwa zostały objęte ochroną tajemnicy, ponieważ mają charakter handlowy i posiadają wartość gospodarczą, m.in. ze względu na indywidualnie wypracowaną optymalizację warunków cenowych poszczególnych elementów oferty oraz wskaźników kampanii. Opisują one potencjał organizacyjny, a także możliwości Fabryki Marketingu Sp. z o.o. Podanie tych informacji przez Zamawiającego do publicznej wiadomości, w tym dla firm konkurencyjnych, mogłoby spowodować osłabienie pozycji konkurencyjnej Wykonawcy przy udziale w kolejnych zamówieniach publicznych.*

Ponadto należy zaznaczyć, że u podmiotu ubiegającego się o zamówienie funkcjonują szczególne zasady ochrony informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wynikające z regulacji wewnętrznych, w których to dokumentach określono bezpieczne warunki przetwarzania informacji prawnie chronionych i wykluczono nieuprawnione ich wykorzystanie lub nielegalne udostępnianie. Dokumenty te zawierają w szczególności opis środków i sposobów zabezpieczeń, które są stosowane do pracowników oraz do podmiotów trzecich w zakresie zapewnienia poufności danych chronionych. (…)

Podsumowując stwierdzamy, że dane, które zostały zastrzeżone w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowią krytyczną i niezwykle istotną wartość Wykonawcy. Bez zachowania ich poufności nie można skutecznie konkurować na wolnym rynku. Wymagania bezpieczeństwa i środków zabezpieczeń odpowiadają wartości biznesowej oraz potencjałowi szkody dla działalności biznesowej, które mogłyby być wynikiem braku tych zabezpieczeń.
(por. uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień przystępującego, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że pismem z 10 grudnia 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego Fabryka Marketingu Sp. z o.o.

Tym samym pismem zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje.

1. Zgodnie z rozdziałem 5 SWZ, „Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą (Formularz oferta - załącznik nr 2 do SWZ) przygotowanych na podstawie briefu komunikacyjnego (załącznik nr 2a do SWZ) nw. przedmiotowych środków dowodowych służących ocenie w ramach kryteriów oceny ofert:

1) strategii i koncepcji kreatywnej, służącej do oceny w ramach kryterium nr 3 – Ocena strategii i koncepcji kreatywnej kampanii „Technologie i innowacje w rolnictwie"

2) 4 próbek formatów reklamowych dla kampanii „Technologie i innowacje w rolnictwie" służącym do oceny w ramach kryterium nr 4 – Ocena próbek formatów reklamowych. Uwaga:

Wyżej wskazane przedmiotowe środki dowodowe muszą zostać opatrzone przez wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

2. Zamawiający ponadto wymagał dołączenia do oferty, zgodnie z rozdziałem 14 SWZ pkt. 4 ppkt. 3 „ 3) Przygotowane próbek (spójnych ze sobą) formatów reklamowych dla kampanii „Technologie i innowacje w rolnictwie" (kryterium nr 4 - Ocena próbek formatów reklamowych) – razem 4 próbki (sporządzone w odrębnych, opisanych plikach oraz dodatkowo wszystkie w jednym pliku np. w prezentacji):

- *jeden post na Facebook – copy z grafiką (post nr 1),*
- *jeden post na Facebook (z inną treścią niż post nr 1) - copy z animowanym załącznikiem (post nr 2);*
- *jedną koncepcję 30-sekundowej animacji 2d dedykowanej do Internetu w formie opisu i ilustrowanego scenariusza (storyboard lub fotostory);*
- *jedną próbkę 10-sekundowej animacji 2d do powyższej koncepcji w dowolnej technice produkcyjnej, z napisami, z udźwiękowieniem (z podkładem lektorskim i muzycznym).*

Zamawiający określa dopuszczalne formaty przesyłanych próbek o wielkości do 2 GB w formatach: txt, rtf, pdf ,xps, odt, ods, odp, doc, xls, ppt, docx, xlsx, pptx, csv, jpg, jpeg, tif, tiff, geotiff, png, svg, wav, mp3, avi, mpg, mpeg, mp4, m4a, mpeg4, ogg, ogv, zip, tar, gz, gzip, 7z, html, xhtml, css, xml, xsd, gml, rng, xsl, xslt, TSL, XMLsig, XAdES, CAdES ASIC, XMLenc.

Przygotowane próbki formatów reklamowych (pojedyncze pliki) i składane są w formie elektronicznej, tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy".

Ponadto, zgodne z art. 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, „Podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym".

3. Zgodnie z powyższym, Zamawiający wskazał w treści SWZ formę i sposób składania przedmiotowych środków dowodowych tj.: próbki formatów reklamowych jako pojedyncze opisane pliki składane w formie pojedynczych plików w formie elektronicznej, tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy.

Wykonawca złożył wraz z ofertą załączniki:

- Załącznik nr - 5a_Post na Facebook - copy z grafikągrafika.png.xml,

- Załącznik nr - 5b_Post na Facebook - copy z grafikącopy.png.xml,

- Załącznik nr 6a_Post na Facebook - copy z animowanym załącznikiem animowany załącznik.mp4.xml,

- Załącznik nr 6b_Post na Facebook - copy z animowanym załącznikiem_copy.png.xml

- Załącznik nr 8_Próbka 10-sekundowej animacji 2d.mp4.xml.

Ww. załączniki zostały opatrzone podpisem zaufanym, który nie jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym

(por. ww. zawiadomienie zamawiającego, w aktach sprawy).

Odwołanie zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności izba uznała, że odwołujący wykazał przesłanki do wniesienia odwołania wynikające z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, *środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy*.

Oferta odwołującego została odrzucona, zaś zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego. Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty dotyczące niezasadnego odrzucenia swej oferty, zarzuty dotyczące zaniechania odtajnienia części oferty i wyjaśnień przystępującego, a także zarzuty dotyczące zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Przesłanki do wniesienia odwołania ocenia się na moment wniesienia odwołania. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, zaniechał odtajnienia wyjaśnień ceny i oferty przystępującego i zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego prowadziłoby zatem do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, odtajnienia części oferty i wyjaśnień przystępującego oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy. Powyższe otwierałoby odwołującemu drogę do uzyskania zamówienia. Naruszenia ustawy Pzp opisane w odwołaniu godziły zatem w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i pozostawały w związku z grożącą mu szkodą, jaką jest nieuzyskanie zamówienia. Wobec powyższego izba uznała, że spełnione zostały przesłanki z art. 505 ustawy Pzp.

Chybiony okazał się zarzut nr 1 odwołania, to jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego za brak podpisanych próbek formatów reklamowych dla kampanii elektronicznym podpisem kwalifikowanym, w sytuacji gdy oferta zawierała dodatkowo te same, wymagane w SWZ, próbki formatów reklamowych dla kampanii również w treści dokumentu pn. Strategia koncepcji kreatywnej kampanii – złożonej wraz z ofertą (załączniku nr 4) – podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, w wyniku czego doszło do pominięcia w ocenie oferty odwołującego.

Powodem odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp było to, że odwołujący złożył wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe, to jest:

- Załącznik nr - 5a_Post na Facebook - copy z grafikągrafika.png.xml,

- Załącznik nr - 5b_Post na Facebook - copy z grafikącopy.png.xml,

- Załącznik nr 6a_Post na Facebook - copy z animowanym załącznikiem animowany załącznik.mp4.xml,

- Załącznik nr 6b_Post na Facebook - copy z animowanym załącznikiem_copy.png.xml

- Załącznik nr 8_Próbka 10-sekundowej animacji 2d.mp4.xml.

które zostały opatrzone przez niego podpisem zaufanym.

Zdaniem zamawiającego powyższe miało być niezgodne z rozdziałem 5 SWZ, *„Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą (Formularz oferta - załącznik nr 2 do SWZ) przygotowanych na podstawie briefu komunikacyjnego (załącznik nr 2a do SWZ) nw. przedmiotowych środków dowodowych służących ocenie w ramach kryteriów oceny ofert:*

1) strategii i koncepcji kreatywnej, służącej do oceny w ramach kryterium nr 3 – Ocena strategii i koncepcji kreatywnej kampanii „Technologie i innowacje w rolnictwie”

2) 4 próbek formatów reklamowych dla kampanii „Technologie i innowacje w rolnictwie” służącym do oceny w ramach kryterium nr 4 – Ocena próbek formatów reklamowych. Uwaga:

Wyżej wskazane przedmiotowe środki dowodowe muszą zostać opatrzone przez wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Ponadto zamawiający wskazał na niezgodność z rozdziałem *14 SWZ pkt. 4 ppkt. 3 „ 3) Przygotowane próbek (spójnych ze sobą) formatów reklamowych dla kampanii „Technologie i innowacje w rolnictwie” (kryterium nr 4 - Ocena próbek formatów reklamowych) – razem 4 próbki (sporządzone w odrębnych, opisanych plikach oraz dodatkowo wszystkie w jednym pliku np. w prezentacji):*

•jeden post na Facebook – copy z grafiką (post nr 1),

•jeden post na Facebook (z inną treścią niż post nr 1) - copy z animowanym załącznikiem (post nr 2);

• jedną koncepcję 30-sekundowej animacji 2d dedykowanej do Internetu w formie opisu i ilustrowanego scenariusza (storyboard lub fotostory);

• jedną próbkę 10-sekundowej animacji 2d do powyższej koncepcji w dowolnej technice produkcyjnej, z napisami, z udźwiękowieniem (z podkładem lektorskim i muzycznym).

Zamawiający określa dopuszczalne formaty przesyłanych próbek o wielkości do 2 GB w formatach: txt, rtf, pdf ,xps, odt, ods, odp, doc, xls, ppt, docx, xlsx, pptx, csv, jpg, jpeg, tif, tiff, geotiff, png, svg, wav, mp3, avi, mpg, mpeg, mp4, m4a, mpeg4, ogg, ogv, zip, tar, gz, gzip, 7z, html, xhtml, css, xml, xsd, gml, rng, xsl, xslt, TSL, XMLsig, XAdES, CAdES ASIC, XMLenc.

Przygotowane próbki formatów reklamowych (pojedyncze pliki) i składane są w formie elektronicznej, tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy”.

Ponadto zamawiający wskazał na niezgodność rodzaju zastosowanego przez odwołującego podpisu elektronicznego z art. 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, „*Podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym (…)”.*

Odwołujący przyznał w odwołaniu wprost, że przedmiotowe środki dowodowe, to jest:

- Załącznik nr - 5a_Post na Facebook - copy z grafikągrafika.png.xml,

- Załącznik nr - 5b_Post na Facebook - copy z grafikącopy.png.xml,

- Załącznik nr 6a_Post na Facebook - copy z animowanym załącznikiem animowany załącznik.mp4.xml,

- Załącznik nr 6b_Post na Facebook - copy z animowanym załącznikiem_copy.png.xml

- Załącznik nr 8_Próbka 10-sekundowej animacji 2d.mp4.xml.

zostały opatrzone przez niego podpisem zaufanym, zamiast podpisem kwalifikowanym.

Odwołujący zarzucał jednak, że złożył także zamawiającemu wymagane próbki z animacją w treści innego dokumentu, którym jest plik Załącznik nr 4_Prezentacja Strategii i koncepcji kreatywnej kampanii „Technologie i innowacje w rolnictwie.pdf. Wskazał, że ww. plik został opatrzony przez niego podpisem kwalifikowanym. Odwołujący podniósł, że próbka jednego postu na Facebook – copy z grafiką (post nr 1), zawarta jest na stronie nr 56 w Strategii i koncepcji kreatywnej (załącznik nr 4). Próbka jednego postu na Facebook (z inną treścią niż post nr 1) – copy z animowanym załącznikiem (post nr 2), zawarta jest na stronie nr 57 w Strategii i koncepcji kreatywnej (załącznik nr 4). Zdaniem odwołującego próbka jednej koncepcji 30-sekundowej animacji 2d dedykowanej do Internetu w formie opisu i ilustrowanego scenariusza (storyboard lub fotostory) zawarta jest na stronach nr 60-70 w Strategii i koncepcji kreatywnej (załącznik nr 4). Próbka jednej próbki 10-sekundowej animacji 2d do powyższej koncepcji w dowolnej technice produkcyjnej, z napisami, z udźwiękowieniem (z podkładem lektorskim i muzycznym) zawarta jest na stronie nr 71 w Strategii i koncepcji kreatywnej (załącznik nr 4).

Izba ustaliła, że w pliku Załącznik nr 4_Prezentacja Strategii i koncepcji kreatywnej kampanii „Technologie i innowacje w rolnictwie.pdf, faktycznie podpisanym podpisem kwalifikowanym, odwołujący zamieścił jedynie:

- treści powielone z 2 próbek formatów reklamowych zawierające jeden post na Facebook – copy z grafiką (post nr 1) oraz jedną koncepcję 30-sekundowej animacji 2d dedykowanej do Internetu w formie opisu i ilustrowanego scenariusza (storyboard lub fotostory) zawierające tekst wraz z grafiką;

- 2 linki dostępu do treści znajdujących się w 2 próbkach: (1) jeden post na Facebook (z inną treścią niż post nr 1) – copy z animowanym załącznikiem (post nr 2) oraz (2) jedną próbkę 10-sekundowej animacji 2d do powyższej koncepcji w dowolnej technice produkcyjnej, z napisami, z udźwiękowieniem (z podkładem lektorskim i muzycznym) zawierające animacje wideo.

Jak wynikało z powyższego, wbrew twierdzeniom odwołującego, w pliku Załącznik nr 4_Prezentacja Strategii i koncepcji kreatywnej kampanii „Technologie i innowacje w rolnictwie.pdf nie przedstawił on zamawiającemu przedmiotowych środków dowodowych w prawidłowej formie. Przypomnienia wymagało, że przedmiotowymi środkami dowodowymi były m.in. animacje wideo. W treści pliku Załącznik nr 4_Prezentacja Strategii i koncepcji kreatywnej kampanii „Technologie i innowacje w rolnictwie.pdf odwołujący podał zamawiającemu jedynie na str. 57 i na str. 71 ścieżki dostępu, czyli linki do serwerów zewnętrznych (Google), na których zostały zamieszczone animowane próbki formatów reklamowych. Faktycznie, po kliknięciu w linki, następowało połączenie z serwerami zewnętrznymi i animacje się odtwarzały. Jednakże, jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, udostępnienie zamawiającemu jedynie linku do plików znajdujących się na zewnętrznych serwerach nie stanowiło o wypełnieniu obowiązku złożenia zamawiającemu przedmiotowych środków dowodowych w wymaganej formie elektronicznej opatrzonej podpisem kwalifikowanym. Pliki te znajdowały się bowiem na zewnętrznych serwerach, poza kontrolą zamawiającego i w każdej chwili mogły być modyfikowane czy usunięte przez wykonawcę. Nie zostały one więc złożone wraz z ofertą. Dostrzeżenia wymagało zaś, że zgodnie z art. 107 ust. 1 Pzp, *Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.*

Reasumując nie można było się zgodzić z odwołującym, że złożył sporne przedmiotowe środki dowodowe w postaci animacji wideo w dwóch egzemplarzach, z których jeden został podpisany prawidłowo wymaganym kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Można było co najwyżej powiedzieć, że odwołujący opatrzył podpisem kwalifikowanym link prowadzący do plików animacji wideo, będących przedmiotowymi środkami dowodowymi. Chybiony okazał się zatem zarzut nr 1 odwołania.

Zasadny okazał się zarzut nr 2 odwołania, to jest zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 i 2 w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej: „ustawą ZNK") przez błędne uznanie, że dokumenty i wyjaśnienia złożone przez przystępującego Fabryka Marketingu Sp. z o.o. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

Na wstępie podkreślenia wymagało, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle 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), 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. Na uwagę zasługiwał fakt, że pierwotnie na gruncie poprzedniej ustawy Pzp z 2004 r. ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *„Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*”.

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek „wykazania” zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przedmiotem oceny izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez przystępującego informacji prawidłowo ustalił, że przystępujący wykazał, iż rzeczywiście tajemnicę jego przedsiębiorstwa stanowią informacje w podanych wyjaśnieniach ceny. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, 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.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” *(S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaj Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa* (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.

Zdaniem izby odwołujący słusznie zarzucił, że przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych

informacji. Przystępujący nie udźwignął ciężaru nie tylko wykazania, ale nawet wyjaśnienia w czym upatruje wartości gospodarczej poszczególnych kategorii informacji zastrzeganych w ofercie i w wyjaśnieniach. Dla wykazania nie wystarcza ogólne, gołosłowne zadeklarowanie, że dana informacja posiada wartość gospodarczą, ale okoliczność tę należy szczegółowo wyjaśnić.

Jeśli chodzi o wartość gospodarczą dokumentów: Strategia i koncepcja kreatywna kampanii, Mediaplan do Strategii i koncepcji kreatywnej kampanii, Próbki formatów reklamowych przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia ograniczył się do wskazania, iż

Strategia i koncepcja kreatywna kampanii, Mediaplan do Strategii i koncepcji kreatywnej kampanii oraz Próbki formatów reklamowych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, dotyczącą posiadanych zasobów oraz wiedzy umożliwiających realizację złożonych zamówień. (…) oraz że:

Strategia i koncepcja kreatywna kampanii, Mediaplan do Strategii i koncepcji kreatywnej kampanii oraz Próbki formatów reklamowych zostały objęte ochroną tajemnicy, ponieważ mają charakter handlowy i posiadają wartość gospodarczą, m.in. ze względu na indywidualnie wypracowaną optymalizację warunków cenowych poszczególnych elementów oferty oraz wskaźników kampanii.

Tak sformułowanie uzasadnienie zastrzeżenia okazało się nadzwyczaj ogólne, lakoniczne i było pozbawione jakichkolwiek konkretów. Za „wykazanie" wartości gospodarczej nie może być uznane gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma „wartość gospodarczą". Pomimo przeanalizowania uzasadnienia nie sposób było ustalić, na czym miałoby polegać know-how przystępującego przy optymalizacji warunków cenowych, niedostępne innym wykonawcom. Ponadto nie wiadomo było w jaki sposób utajnienie próbek formatów reklamowych miałoby chronić ową bliżej niesprecyzowaną „optymalizację cenową". Przykładowo przystępujący nie wskazał, jaką wartość gospodarczą ma animacja stworzona wyłącznie na potrzeby danego postępowania. Wreszcie, jak słusznie wskazał odwołujący, przedmiotowe środki dowodowe stanowiące próbki mają walor utworu w rozumieniu przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Tym samym upublicznienie tych dokumentów zapewnia im ochronę zgodną z tymi przepisami.

Jeśli chodzi o wartość gospodarczą zastrzeżonych wyjaśnień ceny przystępujący ograniczył się do wskazania w dwóch zdaniach, iż:

Informacje zawarte w dokumentach Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny - Fabryka Marketingu 11.10.2024 w zakresie punktów I-IV oraz zanonimizowana umowa tajemnica przedsiębiorstwa zostały objęte ochroną tajemnicy, ponieważ mają charakter handlowy i posiadają wartość gospodarczą, m.in. ze względu na indywidualnie wypracowaną optymalizację warunków cenowych poszczególnych elementów oferty oraz wskaźników kampanii. Opisują one potencjał organizacyjny, a także możliwości Fabryki Marketingu Sp. z o.o. Podanie tych informacji przez Zamawiającego do publicznej wiadomości, w tym dla firm konkurencyjnych, mogłoby spowodować osłabienie pozycji konkurencyjnej Wykonawcy przy udziale w kolejnych zamówieniach publicznych.

Podkreślenia wymaga, że każdy wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia samodzielnie i indywidulanie wycenia przedmiot oferty. Okoliczność, że wyceny przedmiotu oferty przystępujący dokonał indywidualnie nie oznacza jeszcze, że taka wycena ma jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Według izby przystępujący nie sprostał nie tylko konieczności wykazania ale nawet choćby opisania, z czego wnosi, że przyjęty przez niego sposób kalkulowania jest z jakichś względów unikalny, wyjątkowy, niespotykany i niedostępny innym wykonawcom. W analizowanym uzasadnieniu znalazły się jedynie gołosłowne, ogólne deklaracje o wartości gospodarczej *optymalizacji warunków cenowych poszczególnych elementów oferty oraz wskaźników kampanii*, z nieznanych względów. Pomimo przeanalizowania uzasadnienia nie sposób było ustalić, na czym miałoby polegać know-how przystępującego przy optymalizacji warunków cenowych, nieudostępne innym wykonawcom. Przystępujący nie wykazał przykładowo, że może korzystać z dobrodziejstwa niespotykanych na rynku, konkurencyjnych stawek, warunków, rabatów, nieznanych innym konkurentom rozwiązań. Przystępujący nie wykazał także, że przyjęte stawki kosztów są mniejsze z uwagi na jakieś unikalne rozwiązania, niedostępne na rynku. Nie wiadomo było także, w jaki sposób zastrzegane informacje mogą zostać wykorzystane przez innego wykonawcę poza ramami tego postępowania przetargowego, skoro kalkulacja miała charakter indywidualny, właściwy tylko dla tego postępowania.

Odwołujący zarzucił także w odwołaniu, że przystępujący w sporządzonych uzasadnieniach nie wykazał, jakie konkretne kroki podjęto w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Ponadto odwołujący zarzucił, że nie zostały załączone lub udostępnione załączniki potwierdzające, że wykonawca sam chroni tajemnicę przedsiębiorstwa, np. ma wdrożoną politykę bezpieczeństwa mającą na celu właściwą ochronę informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, zawiera stosowne umowy.

Zarzut ten okazał się trafny. Według izby odwołujący prawidłowo dostrzegł, że przystępujący nie przedstawił wystarczających wyjaśnień i dowodów, które potwierdzałyby, że podjął skuteczne działania celem zachowania danych w

poufności. Przystępujący w sporządzonych przez siebie uzasadnieniach wskazał jedynie:

Ponadto należy zaznaczyć, że u podmiotu ubiegającego się o zamówienie funkcjonują szczególne zasady ochrony informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wynikające z regulacji wewnętrznych, w których to dokumentach określono bezpieczne warunki przetwarzania informacji prawnie chronionych i wykluczono nieuprawnione ich wykorzystanie lub nielegalne udostępnianie. Dokumenty te zawierają w szczególności opis środków i sposobów zabezpieczeń, które są stosowane do pracowników oraz do podmiotów trzecich w zakresie zapewnienia poufności danych chronionych. (…)

Jak wynikało z przytoczonego fragmentu uzasadnień zastrzeżeń, przystępujący w nie sprecyzował dostatecznie, jakie szczegółowe, konkretne działania podejmowane są w jego firmie, celem zachowania utajnianych danych w poufności. Nie przedstawiono zamawiającemu regulacji wewnętrznych, mających rzekomo wykluczać nieuprawnione wykorzystanie lub nielegalne udostępnianie zastrzeganych informacji. Zamawiający nie miał zatem jakichkolwiek podstaw do ustalenia, że takie regulacje istotnie istnieją ani że są skuteczne.

Podkreślenia wymagało, że dopiero w trakcie rozprawy przystępujący złożył:

1) uchwałę zarządu przystępującego z 7 maja 2018 r. dotyczącą ustanowienia i wprowadzenia polityki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa spółki,

2) politykę ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego z zastrzeżeniem jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

3) oświadczenia pracowników przystępującego M.C. oraz P.G. o zapoznaniu się z polityką ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego.

Dopiero zatem w wyniku przebiegu rozprawy zamawiający mógł powziąć jakąś wiedzę na temat tego, w jaki sposób wygląda polityka ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa u przystępującego. Dopiero na podstawie dokumentów złożonych na rozprawie zamawiający mógłby oceniać, czy ta polityka jest skuteczna, czy też nie. Tego typu dowodów potwierdzających, że w przedsiębiorstwie przystępującego rzeczywiście podjęto jakieś działania, celem zastrzeżenia informacji w poufności próżno było szukać w uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty i wyjaśnień ceny przystępującego.

Jednakże, jak wynikało wyraźnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, wykazanie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a więc również, jakie działania się podjęło celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności, powinno nastąpić z momentem przekazywania takich informacji zamawiającemu. Próby uczynienia tego na etapie postępowania odwoławczego przed izbą należało uznać za spóźnione. Zamawiający podejmując zaskarżoną w odwołaniu czynność polegającą na uznaniu skuteczności zastrzeżenia nie był w posiadaniu informacji przedstawionych przez przystępującego na rozprawie.

Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający miał obowiązek stwierdzić bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.

Biorąc powyższe pod uwagę izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk znalazł potwierdzenie w materiale dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy.

Izba nie rozpoznawała zarzutu nr 3 odwołania, to jest zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp i w związku z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wyraźnie wskazał w odwołaniu, że zarzut nr 3 odwołania jest jedynie zarzutem ewentualnym, formułowanym na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 2 w części dotyczącej wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Tymczasem zarzut nr 2 odwołania w części dotyczącej wyjaśnienia rażąco niskiej ceny okazał się zasadny.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenia Izby, o których mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miały

charakter merytoryczny, gdyż odnosiły się do częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowań, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 i 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza*uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* Izba stwierdziła, że naruszenia art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem ww. przepisów zaniechał czynności uznania za bezskuteczne dokumentów i wyjaśnień złożonych przez przystępującego, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Ujawnienie tych dokumentów i wyjaśnień może umożliwić innym wykonawcom wywiedzenie skutecznych zarzutów przeciwko ofercie wybranej opartych na odtajnionych informacjach. Wynik postępowania może zatem ulec zmianie.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa następujących dokumentów złożonych przez przystępującego:

a)Strategia i koncepcja kreatywna kampanii,

b)Mediaplan do Strategii i koncepcji kreatywnej kampanii,

c)Próbki formatów reklamowych;

d)dokument – wyjaśnienie rażąco niskiej ceny – Fabryka Marketingu 11.10.2024 (w zakresie punktów I-IV) oraz zanonimizowana umowa tajemnica przedsiębiorstwa

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnośnie zarzutów i żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, *w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.*

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy (łącznie 18.600 zł).

Odwołanie okazało się zasadne w połowie. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15.000 zł tytułem wpisu od odwołania i 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (łącznie 18.600 zł),

tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 9.300 zł (18.600 x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9.300 zł (18.600 zł – 9.300 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w 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).

Przewodniczący:……