

Sygn. akt: KIO 4815/24

WYROK

Warszawa, dnia 24 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2024 r. przez wykonawcę CAT TRAFFIC sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu;

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę CAT TRAFFIC sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę CAT TRAFFIC sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;

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 4815/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: Organizacja i przeprowadzenie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2025 r. na drogach wojewódzkich administrowanych przez Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu (z podziałem na 9 części), numer postępowania WZP.271-121/24.

W dniu 11 października 2024 r. ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem OJ S 199/2024.

W dniu 10 grudnia 2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu: CAT TRAFFIC sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, a protokół postępowania wraz z załącznikami w dniu 13 grudnia 2024 r.

W dniu 20 grudnia 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnosząc odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

(i) zaniechaniu odtajnienia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (wraz z ewentualnymi załączonymi do wyjaśnień oświadczeniami) złożonego przez wykonawcę Centrum Badań Terenowych R.M. (dalej jako „CBT” lub „wykonawca konkurencyjny”),

(ii) zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu załącznika do protokołu postępowania

stanowiących wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (w odpowiedzi na które to wezwanie CBT miał złożyć wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z ewentualnymi załączonymi do wyjaśnień oświadczeniami oraz złożył pismo zatytułowane Tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji:

(iii) wyborze jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę CBT pomimo podstaw do jej odrzucenia, w zakresie dotyczącym części: 2, 5, 6, 7, 8 Postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP w zw. z art. 16 PZP i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 11 kwietnia 1994 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (wraz z ewentualnymi załączonymi do wyjaśnień oświadczeniami) złożonego przez wykonawcę CBT, w sytuacji gdy CBT nie wykazał, aby informacje się w nich znajdujące były jego tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym Zamawiający zobowiązany był do ich odtajnienia,

2. art. 18 ust. 1 PZP w zw. z art. 74 ust. 1 i ust. 2 PZP poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu załącznika do protokołu postępowania stanowiących wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (w odpowiedzi na które to

wezwanie CBT miał złożyć wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z ewentualnymi załączonymi do wyjaśnień oświadczeniami oraz złożył pismo zatytułowane Tajemnica przedsiębiorstwa, a zamiast tego przekazania wezwania skierowanego do wykonawcy SCANLASER – PRACOWNIA BADAŃ I TECHNIK POMIAROWYCH Sp. z o.o. ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 i 2:

3. art. 224 ust. 6 PZP i art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CBT, podczas gdy treść wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie uzasadniają ceny wynikającej z oferty CBT, bowiem CBT nie uwzględnił w kosztach wykonania zamówienia wszystkich kosztów jakie zobowiązany będzie ponieść celem wykonania przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosil o:

4. uwzględnienie odwołania,

5. nakazanie Zamawiającemu:

(a) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,

(b) odtajnienie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny CBT,

(c) ponowną ocenę ofert;

6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w postępowaniu w zakresie dotyczącym części: 2, 5, 6, 7, 8 zostały złożone 3 oferty, a z przedstawionych danych wynika, że cena oferty CBT jest niższa od oferty Odwołującego i jest niższa od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 16 PZP i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 11 kwietnia 1994 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 18 ust. 1 PZP w zw. z art. 74 ust. 1 i ust. 2 PZP Odwołujący zauważył, że CBT pismem z dnia 26 listopada 2024 r. (datowanym – zdaje się błędnie – na dzień 25.11.2024 r.) całość wyjaśnień złożonych w dniu 26 listopada 2024 r. wraz z oświadczeniami do przedmiotowego postępowania (...).

Odwołujący zaznaczył, że Wykonawca przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które Zamawiający podzielił, albowiem udostępniając protokół z Postępowania wraz z korespondencją prowadzoną z wykonawcą CBT Zamawiający przekazał Odwołującemu jedynie pismo stanowiące zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie przekazał choćby wezwania skierowanego do tego wykonawcy.

Według Odwołującego - samo zastrzeżenie ogranicza się do ogólnych stwierdzeń odnoszących się do istotnej wartości gospodarczej i organizacyjnych przedsiębiorstw bez ich szczegółowego omówienia w odniesieniu do konkretnych dokumentów zastrzeżonych w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego - tego rodzaju zastrzeżenie mogłoby być zastosowane w każdym innym postępowaniu i biorąc pod uwagę uniwersalność, może dotyczyć szerokiego katalogu danych, czy dokumentów.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający powinien był na podstawie złożonego uzasadnienia dokonać badania zasadności i skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień / załączników objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz ocenić, czy wykonawca CBT sprostao obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje zasługują na ochronę.

Odwołujący podniósł, że w wyniku rzetelnej weryfikacji, Zamawiający powinien stwierdzić, że nie wykazano spełnienia wszystkich wymagań wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1233). To, czy dane informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, podlega każdorazowo indywidualnemu badaniu i ocenie przez Zamawiającego. Zamawiający ma obowiązek zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, na podstawie złożonego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia, a w razie stwierdzenia nienależytego wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązany jest do ich ujawnienia.

Argumentował, że celem zastrzeżenia informacji nie może być jedynie uniemożliwienie pozostałym wykonawcom zapoznania się z ich treścią. Objęcie dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być stosowane w celu uniknięcia ewentualnego odwołania, jakie mogliby wnieść konkurenci.

Wskazał, że zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zasadą nadrzędną, a uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma zapewnić wykonawcom ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Oceniając uzasadnienie wykonawcy CBT objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w/w dokumentów, Zamawiający powinien był stwierdzić, że wykonawca CBT nie sprostął ciążącemu obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie należało uznać za nieskuteczne.

Odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie i wyjaśnienia CBT ograniczają się do ogólnych stwierdzeń odnoszących się do istotnej wartości gospodarczej i organizacyjnej przedsiębiorstwa bez ich szczegółowego omówienia w odniesieniu do konkretnych dokumentów zastrzeżonych w tym postępowaniu.

Tego rodzaju wyjaśnienia mogłyby być zastosowane w każdym innym postępowaniu i, biorąc pod uwagę ich uniwersalność, mogą dotyczyć szerokiego katalogu dokumentów.

Przykładowo, Odwołujący przytoczył fragment wyjaśnień wykonawcy CBT:

„Informacje, o których mowa powyżej (poza tym, że są informacjami określającymi organizację firmy), stanowią również know-how wykonawcy, w szczególności dotyczącej strategii doboru zespołu odpowiedzialnego za całość przygotowawczą nie tylko oferty, ale także realizacji potencjalnej pracy w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, zawartego w SWZ. Informacje dotyczące zespołu realizującego zamówienia, są niejawnie (nie są powszechnie znane, gdyż wykonawca stale dąży do zachowania ich poufności), istotne (tj. ważne i użyteczne z perspektywy realizacji tego rodzaju zadań) oraz zidentyfikowane (tj. opisane w sposób zrozumiały i dający się zidentyfikować) oraz stworzone, opracowane i policzone wyłącznie na potrzeby tego zamówienia publicznego, które zostały zawarte w cenie ogólnej w złożonej ofercie.”.

W opinii Odwołującego - takie stwierdzenie bez odniesienia się do konkretnych dokumentów czy informacji jest nieweryfikowalne.

Wywodził, że z żadnego fragmentu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez CBT nie wynika jaka miałyby być rzekoma wartość gospodarcza tych informacji.

Dodatkowo nie sposób ustalić, jak pozyskanie zastrzeżonych informacji pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej.

Odwołujący przywołał część wyjaśnień wykonawcy CBT:

„Ujawnienie ww. informacji przez zamawiającego oznaczałoby przekazanie ich podmiotom, które nie uczestniczyły w procesie tworzenia strategii oferty, a jednak uzyskiwałyby dostęp do rozwiązań oraz wielu informacji objętych tajemnicą handlową, wypracowanych na przestrzeni całego okresu działalności firmy w drodze wieloletniej praktyki, co byłoby, niepowetowaną stratą o charakterze gospodarczym. Jednocześnie firma straciłaby również wieloletni trud i ogrom pracy włożony w wypracowane istotne elementy funkcjonowania na polskim rynku.”.

Ponadto, zdaniem Odwołującego - w uzasadnieniu zastrzeżenia nie wykazano, aby podjęte zostały jakiegokolwiek działania w celu zachowania poufności informacji/danych, bądź też, by informacje te nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej. W tym zakresie uzasadnienie ogranicza się do lakonicznego stwierdzenia: „Dlatego wszystkie czynniki cenotwórcze są objęte tajemnicą handlową, która jest dostępna tylko ograniczonej liczbie osób w firmie. Dostęp do tych wiadomości mają tylko osoby na najwyższych stanowiskach w firmie i tylko one są obowiązane do możliwości wykorzystania tych informacji.”.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że CBT nie wykazał, aby wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z oświadczeniami do przedmiotowego postępowania (...) miały faktycznie dla niego wartość gospodarczą, co stanowi niezbędny element dla uznania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1994 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Według Odwołującego - zaniechanie Zamawiającego uniemożliwiło choćby weryfikację, czy wykonawca CBT zaoferował jakiegokolwiek dowody dla wykazania zaoferowanej ceny.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z treści pisma mającego stanowić zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, że jedynym dowodem są oświadczenia do przedmiotowego postępowania.

Odwołujący zarzucił przy tym, że nie otrzymał nawet treści wezwania skierowanego do wykonawcy CBT.

Zakładając, że taka sytuacja stanowi zwykłą omyłkę, a treść wezwania jest tożsama do przekazanej (różnica sprowadza się do oznaczenia adresata) Zamawiający oczekiwał dowodów potwierdzających prawidłowość przyjętych w kalkulacji założeń, a nie oświadczeń.

Odwołujący podniósł, że na skutek zaniechań Zamawiającego Odwołujący nie ma wiedzy:

(i) jakiej treści wezwanie otrzymał wykonawca CBT,

(ii) czy złożył wyjaśnienia, a przyjmując, że tak, to czy liczną 2 str., czy może 12 str., czy zawierają załączniki, a

jeśli tak, to jaki jest ich tytuł.

Taka sytuacja jest nie do pogodzenia z bezwzględnie obowiązującymi przepisami.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego naruszenia art. 224 ust. 6 PZP i art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 16 PZP Odwołujący wskazał, że przywołane przepisy stanowią, że jeżeli wykonawca nie złożył stosownych wyjaśnień lub złożone wyjaśnienia nie usuwają wątpliwości zamawiającego, oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP.

W sytuacji braku dostępu do treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę CBT, Odwołujący nie ma możliwości dokonania rzetelnej i obiektywnej oceny, czy przedstawione argumenty faktycznie potwierdzają realność zaoferowanej ceny oraz jej zgodność z wymaganiami zamówienia.

Odwołujący wyraził pogląd, że Wykonawca CBT nie sprostą swojemu obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający był (jest) zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeśli wyjaśnienia wykonawcy są niewystarczające lub brak jest możliwości oceny złożonych wyjaśnień. Rażąco niska cena stanowi poważne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia, zarówno w kontekście ryzyka niewykonania zamówienia, jak i zagrożenia równowagi ekonomicznej przedsięwzięcia.

Odrzucenie oferty w takich okolicznościach jest obligatoryjne, aby zagwarantować realizację zamówienia zgodnie z przepisami oraz zasadami uczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 7 stycznia 2025 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty wykonawcy konkurencyjnego, informacji z otwarcia ofert, wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 21 listopada 2024 r., wyjaśnień wykonawcy wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 25 listopada 2024 r., informacji o wyborze najkorzystniejszych ofert z dnia 10 grudnia 2024 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 7 stycznia 2025 r., pism Odwołującego z dnia 7 i 20 stycznia 2025 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

W pierwszej kolejności – Izba uznała, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania w tej sprawie w rozumieniu przepisu art.505 ust.1 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba stwierdziła, że rozpoznaniu nie podlega zarzut nr 2 odwołania z racji jego wycofania przez Odwołującego.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 18 ust.1 i 3 ustawy Pzp w związku z art.16 ustawy Pzp i art.11 ust.2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art.224 ust.6 i art.226 ust.1 pkt 8 w związku z art.16 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odtajnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz do odrzucenia oferty wykonawcy konkurencyjnego zawierającej rażąco niską cenę.

W zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy Izba ustaliła, że Zamawiający w piśmie z dnia 21 listopada 2024 r. poinformował wykonawcę konkurencyjnego, iż cena złożonej przez niego oferty w przedmiotowym postępowaniu wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zamawiający podał następujące uzasadnienie do powyższego wezwania: „(...)Zaoferowana przez Państwa całkowita cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania.

W związku z powyższym Zamawiający, działając na podstawie z 224 ust 2 pkt 1 w zw. z art. 224 ust.1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) dalej ustawa Pzp, żąda przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej wraz z dowodami potwierdzającymi prawidłowość przyjętych w

kalkulacji założeń, w szczególności dotyczących:

- 1) zarządzania procesem świadczonych usług;
- 2) wyjątkowo korzystnych warunków wykonania usługi;
- 3) oryginalności metody usługi oferowanej 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) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy, jeśli dotyczą i mają wpływ na zaoferowaną cenę.

Zamawiający prosi o przedstawienie wyjaśnień, szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, uwzględniających ww. aspekty wraz z dowodami potwierdzającymi prawidłowość przyjętych w kalkulacji założeń i kosztów, w szczególności dotyczących:

- 1) kosztów wynagrodzeń osób biorących udział w realizacji zamówienia powiększonych o obowiązkowe składki na ubezpieczenie społeczne i podatki, itp., z uwzględnieniem ww. pkt. 4 i 6;
- 2) kalkulacji kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia, w tym:
 - kosztów analiz prawidłowości zapisów wideo, kontroli prawidłowości i wprowadzenia danych do baz danych dostarczonych przez podmiot opracowujący wyniki Generalnego Pomiaru Ruchu w 2025 r. na drogach wojewódzkich;
 - kosztów związanych z zapewnieniem sprzętu niezbędnego do zapisu wideorejestracji na drogach oraz do przekazania wideorejestracji Zamawiającemu (wideorejestratory, dyski przenośne, karty pamięci, akumulatory, baterie itp.) oraz montażu i demontażu wideorejestраторów;
 - kosztów niezbędnego oprogramowania komputerowego;
 - pozostałych kosztów wynikających z wytycznych organizacji i przeprowadzenia Generalnego Pomiaru Ruchu w 2025 r. na drogach wojewódzkich.
- 3) kalkulacji pozostałych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia (koszty transportu i łączności, BHP, ubezpieczenia, itp.),
- 4) wysokości spodziewanego zysku z tytułu realizacji zamówienia.

Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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.(...)”.

W wykonaniu powyższego wezwania wykonawca konkurencyjny przy piśmie z dnia 25 listopada 2025 r. przedłożył stosowne wyjaśnienia wraz z dowodem w postaci szczegółowych kalkulacji kosztów oferty, zastrzegając ich treść następującą klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa: „(...)”

Ja, niżej podpisany R.M., działając w imieniu i na rzecz Centrum Badań Terenowych, ul. Ostroroga 39/5, 64-100 Leszno, NIP: 698-166-66-57,

oświadczam, że: złożone w dniu 26.11.2024 wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z oświadczeniami do przedmiotowego postępowania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z niniejszym nie mogą być one udostępniane, w szczególności innym uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także osobom, które nie są związane z prowadzonym postępowaniem, lub nie biorą czynnego udziału w komisji przetargowej w niniejszym postępowaniu.

Uzasadnienie:

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2022.0.1233), wynika, że aby dane informacje mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą spełniać następujące przesłanki:

1. Informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub posiadać wartość gospodarczą.

2. Informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej.

3. Przedsiębiorca podjął w stosunku do informacji niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Wyjaśniamy, że:

Informacja o charakterze technicznym, technologicznym nie dotyczy niniejszego przedsiębiorstwa, ponieważ nie zajmujemy się procesem produkcji. Jedyne czynniki z punktu pierwszego to informacje o charakterze organizacyjnym lub posiadające wartość gospodarczą. Dlatego wszystkie czynniki cenotwórcze są objęte tajemnicą handlową, która jest dostępna tylko ograniczonej liczbie osób w firmie. Dostęp do tych wiadomości mają tylko osoby na najwyższych stanowiskach w firmie i tylko one są obowiązane do możliwości wykorzystania tych informacji.

Wszystkie informacje, mające wpływ na podjęcie decyzji dotyczącej organizacji firmy, w tym wyliczenia wszystkich składników cenotwórczych jest informacją o szczególnym charakterze, na którą składa się wiele elementów dotyczących przepływu informacji, braku możliwości powielania, upubliczniania lub niezamierzonego działania dotyczącego zaniechania utrzymania w poufności. Nigdy takie informacje nie zostały opublikowane na stronie internetowej, w żadnych broszurach, katalogach lub innych cennikach. Nie ujawnia się tych informacji dotyczących czynników cenotwórczych na ogólnych zebraniach, szkoleniach, targach i innych spotkaniach branżowych.

Odnosząc się do kolejnej z wymienionych we wstępie przesłanek, wskazujemy, że informacje zawarte w wyżej wymienionych dokumentach mają charakter organizacyjny. Opisują bowiem precyzyjnie sposób, w jaki została przygotowana i policzona cena zawarta w ofercie. Informacje te de facto opisują sposób realizacji tego rodzaju przedsięwzięć, które wynikają wprost z analitycznego i organizacyjnego wysiłku podjętego przez firmę. Ujawnienie ww. informacji przez zamawiającego oznaczałoby przekazanie ich podmiotom, które nie uczestniczyły w procesie tworzenia strategii oferty, a jednak uzyskałyby dostęp do rozwiązań oraz wielu informacji objętych tajemnicą handlową, wypracowanych na przestrzeni całego okresu działalności firmy w drodze wieloletniej praktyki, co byłoby, niepowetowaną stratą o charakterze gospodarczym. Jednocześnie firma straciłaby również wieloletni trud i ogrom pracy włożony w wypracowane istotne elementy funkcjonowania na polskim rynku.

Informacje, o których mowa powyżej (poza tym, że są informacjami określającymi organizację firmy), stanowią również know-how wykonawcy, w szczególności dotyczącej strategii doboru zespołu odpowiedzialnego za całość przygotowawczą nie tylko oferty, ale także realizacji potencjalnej pracy w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, zawartego w SWZ. Informacje dotyczące zespołu realizującego zamówienia, są niejawnie (nie są powszechnie znane, gdyż wykonawca stale dąży do zachowania ich poufności), istotne (tj. ważne i użyteczne z perspektywy realizacji tego rodzaju zadań) oraz zidentyfikowane (tj. opisane w sposób zrozumiały i dający się zidentyfikować) oraz stworzone, opracowane i policzone wyłącznie na potrzeby tego zamówienia publicznego, które zostały zawarte w cenie ogólnej w złożonej ofercie.(...)”.

W dalszej kolejności, Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że Zamawiający w pkt 15.16. rozdziału I Instrukcji dla Wykonawców - SWZ poinformował wykonawców, iż zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli Wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, załączając stosowne wyjaśnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby zatem Zamawiający dał wykonawcom ogólną wskazówkę w jakich okolicznościach należy zastrzec wyjaśnienia z rażąco niską ceną zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jednocześnie – zdaniem Izby – powyższa ogólna instrukcja stanowiła niejako gwarancję dla uczestników tego postępowania przetargowego, że nie zostaną ujawnione informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wymaga wskazania, że w myśl art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie Izby – uzasadnienie wykonawcy konkurencyjnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było adekwatne do powołanych wyżej postanowień SWZ, a dokumenty zamówienia nią objęte w istocie były objęte taką tajemnicą.

Izba dostrzegła, że Zamawiający nie przewidział na gruncie SWZ obowiązku wykazywania za pomocą dodatkowych dowodów skuteczności zastrzeżonych przez wykonawcę powyższych przesłanek ustawowych.

Jednocześnie, Izba uznała, że wykonawca konkurencyjny w powyższym uzasadnieniu do zastrzeżeń wyjaśnień i dowodów dotyczących rażąco niskiej ceny wykazał wszystkie przesłanki mieszczące się w pojęciu tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w powołanym wyżej art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Według zapatrywania Izby – same wyjaśnienia wraz z dowodami dotyczącymi rażąco niskiej ceny stanowią dokumenty, które mają dla wykonawcy określoną wartość gospodarczą i mają również określone znaczenie dla organizacji przygotowującej się do realizacji zamówienia, zarówno obecnego i tych zamówień, które będą zorganizowane w przyszłości.

Izba w tym względzie podziela pogląd Sądu Okręgowego w Katowicach zaprezentowany w wyroku z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07, w którym przyjęto, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu.

Ponadto, Odwołujący nie dowiódł, że informacje takie zostały przekazane w jakikolwiek sposób do sfery powszechnej dostępności, co czyni takie zastrzeżenie prawnie skutecznym.

Ostatecznie, w przekonaniu Izby – Zamawiający mając deklarację wykonawcy, że „(...)Dostęp do tych wiadomości mają tylko osoby na najwyższych stanowiskach w firmie i tylko one są obowiązane do możliwości wykorzystania tych informacji.(...) mógł obiektywnie i rozsądnie sądzić, biorąc pod uwagę jednoosobową działalność wykonawcy, że tylko on ma osobisty dostęp do tej wiedzy.

Według zapatrywania Izby – zaznajomienie się przez Odwołującego z powyższymi zastrzeżonymi informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa mogłoby w przyszłości narazić wykonawcę konkurencyjnego na szkodę wynikającą z możliwej do wystąpienia przewagi konkurencyjnej Odwołującego czy innego podmiotu korzystającego z dobrodziejstwa zasady jawności w innym podobnym przetargu.

Ponadto, Izba wyraźnie dostrzegła, że możliwość zapoznania się przez innych wykonawców ze szczegółami strategii biznesowej innego wykonawcy nie stanowi naruszenia zasady równości i konkurencyjności, w warunkach gdy ten dany wykonawca nie dokonał stosownego zastrzeżenia swoich dokumentów klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

W przekonaniu Izby - taki wykonawca, mając odpowiednio ugruntowaną pozycję rynkową może nie mieć interesu, aby zastrzegać tajemnicą przedsiębiorstwa określone informacje skierowane do Zamawiającego.

W związku z tym, Izba doszła do wniosku, że Zamawiający nie miał dostatecznej podstawy prawnej do wyłączenia zastosowania przepisu art.18 ust.3 ustawy Pzp, który stanowi, że 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.), 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 .

Rozpoznając, zarzut ewentualny, Izba nie dopatrzyła się zaistnienia rażąco niskiej ceny, po przeprowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu wyjaśniającym możliwość wystąpienia rażąco niskiej ceny, w szczególności biorąc pod uwagę, że ceny z pierwszego i drugiego miejsca były zbliżone pod względem wartościowym, a rażąco niska cena jest ceną niewiarygodną, nierealną poniżej kosztów świadczenia.

Wymaga zauważenia, że ustawodawca konstruując art.224 ust.1 ustawy Pzp posłużył się sformułowaniami wskazującymi na podmiot prowadzący postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę w osobie zamawiającego, a nie wykonawcy mającego zawsze sprzeczne interesy z innymi uczestnikami przetargu.

Zgodnie z art.224 ust.1 ustawy Pzp, 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.

W ust.2 pkt 1) cyt. wyżej przepisu zostały wskazane przesłanki uzasadniające prowadzenie postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę 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.

Mając na uwadze brzmienie powołanych wyżej przepisów prawa jeszcze raz wymaga podkreślenia, że ustawodawca nie przewidział jakieś specjalnej funkcji kontrolnej dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie oceny i badania rażąco niskiej ceny, lecz wyraźnie przewidział możliwość zastosowania powołanego wyżej przepisu prawa w granicach przesłanki wystąpienia możliwości pojawienia się wątpliwości zamawiającego co możliwości wykonywania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentów zamówienia za zaoferowaną cenę rozumianą jako wartość całkowitą, a nie w warunkach wystąpienia hipotetycznych różnic pomiędzy danymi cenami jednostkowymi.

Inne podeście byłoby wyrazem akceptacji podważania bezstronności i obiektywizmu osób prowadzących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, czego Odwołujący w tym odwołaniu nie uczynił, a także pominięcia reguł wykładni językowej art.224 ust.1 i 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstawy do zastosowania przepisu art. 224 ust.6 ustawy Pzp stosownie do którego 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.

W rozpoznawanej sprawie takie wyjaśnienia wykonawca konkurencyjny udzielił załączając odpowiednie dowody.

Reasumując, w opinii Izby – przedłożone przez wykonawcę konkurencyjnego wyjaśnienia wraz z dowodami w postaci szczegółowych kalkulacji nie dawały Zamawiającemu podstawy do oceny, że wyjaśnienia wykonawcy konkurencyjnego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Przewodniczący:.....