Sygn. akt: KIO 252/25

WYROK

Warszawa, dnia 19 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jantar 2 sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku,Sekret sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Łączności – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 252/25 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu, Emporio sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Instytutowi Łączności – Państwowemu Instytutowi Badawczemu z siedzibą w Warszawie:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu, Emporio sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w zakresie części nr 3,

- dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert w zakresie części nr 3, w tym ponownego badania i oceny zastrzeżenia wyjaśnień wraz z samymi wyjaśnieniami Przystępującego dotyczącymi rażąco niskiej ceny, a w szczególności nakazuje Zamawiającemu zbadanie przesłanki podjęcia przez Przystępującego, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania w poufności tych informacji,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Instytut Łączności – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

-kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jantar 2 sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Sekret sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku tytułem wpisu od odwołania,

-kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego: Jantar 2 sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku,Sekret sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

- kwotę 1 414 zł 05 gr (słownie: tysiąc czterysta czternaście złotych pięć groszy) poniesioną przez Odwołującego: Jantar 2 sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku,Sekret sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku tytułem zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę,

2.2. zasądza od Państwowego Instytutu Badawczego z siedzibą w Warszawiena rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jantar 2 sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Sekret sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku - kwotę 20 014 zł 05 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy czternaście złotych pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

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 252/25

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

Zamawiający: Instytut Łączności – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 3 pod nazwą: „Dozór i ochrona mienia w obiektach Instytutu Łączności w Gdańsku przy ul. Jaśkowa Dolina 15”.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w dniu 22 listopada 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem publikacji ogłoszenia: 715533-2024 i numer wydania Dz.U. S: 228/2024.

W dniu 17 stycznia 2025r. Zamawiający przekazał Odwołującemu - wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Jantar 2 sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku,Sekret sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę w zakresie Części 3.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 24 stycznia 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1) zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień wraz z dowodami udzielonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu, Emporio sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zwanego dalej Przystępującymw zakresie wyjaśnień ceny oferty, które zostały nieskutecznie zastrzeżone jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa,

2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, w zakresie Części 3, pomimo, że cena złożonej oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej, gdyż budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami prawa, a złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z kalkulacją ceny ofertowej nie obalają domniemania zaoferowania przez Wykonawcę ceny rażąco niskiej,

3) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę, w zakresie Części 3.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 18 ust. 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 poprzez zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień wraz z dowodami udzielonych przez Wykonawcę w zakresie wyliczenia ceny oferty, które zostały nieskutecznie zastrzeżone jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa,

2) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę, ponieważ złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie,

3) art. 239 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pzp poprzez naruszenie zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny, w wyniku zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień wraz z dowodami udzielonych przez Wykonawcę w zakresie wyliczenia ceny oferty, w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 20 stycznia 2025r., a dopiero po wniesieniu przez Odwołującego odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia w/w wyjaśnień, i wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, w zakresie Części 3,

3) nakazanie Zamawiającemu udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień wraz z dowodami, które zostały udzielone przez Wykonawcę w zakresie wyliczenia ceny oferty,

4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę, na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w odpowiedzi na jego wniosek z dnia 20 stycznia 2025r. o udostępnienie korespondencji prowadzonej między Zamawiającym, a Wykonawcą, po złożeniu ofert Zamawiający, przekazał korespondencję, której zawartość wskazywała, że mimo istniejących wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami prawa, Zamawiający nie wzywał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie wyliczenia ceny oferty, a tylko i wyłącznie do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Jednocześnie Odwołujący zauważył, że Zamawiający udostępniając w/w korespondencję, nie ujawnił Odwołującemu jakiejkolwiek informacji, że prowadził również z Wykonawcą korespondencję dotyczącą wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wzywając go do złożenia wyjaśnień, które zostały udzielone.

Odwołujący podniósł, że w dniu 23 stycznia 2025r. Zamawiający przekazał Odwołującemu pismo, w którym

wskazał, że „W uzupełnieniu przekazuje m.in. treść wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanych cen za wykonanie przedmiotu zamówienia…" wraz z potwierdzeniem przekazania wyjaśnień oraz otrzymania odpowiedzi od Wykonawcy.

Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że w przedmiotowym piśmie Zamawiający wskazał, że po przeprowadzeniu szczegółowej analizy i oceny ofert, nie stwierdził występowania rażąco niskiej ceny w żadnej ze złożonych ofert, a po dokładnej analizie przedstawionych ofert oraz wartości szacowanej zamówienia stwierdził, że ceny zaproponowane przez Wykonawcę nie odbiegają od wartości szacowanej ani od średniej wszystkich ofert o więcej niż 30%, w związku z czym, zgodnie z przepisami prawa, oferta Wykonawcy może być uznana za zgodną z wymaganiami Zamawiającego.

Dodatkowo, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający oświadczył, że dochowując najwyższej staranności, zwrócił się do Wykonawcy oferującego najniższą cenę, z prośbą o złożenie szczegółowych wyjaśnień dotyczących zaoferowanych cen za wykonanie przedmiotu zamówienia i w odpowiedzi Wykonawca przedłożył szczegółowe wyliczenia, które potwierdzają, że wszystkie wytyczne zostały spełnione. Wyliczenia te obejmują wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym wynagrodzenia pracowników, koszty pracodawcy, koszty umundurowania, szkolenia pracowników oraz zysk wykonawcy, uwzględniając inne koszty mogące mieć wpływ na wysokość oferty.

Odwołujący podniósł, że w konkluzji Zamawiający stwierdził, że Wykonawca potwierdził, iż wynagrodzenia uwzględnione w ofercie są zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami dotyczącymi zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, a wysokość wynagrodzenia, na którym oparta została oferta, jest zgodna z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025r.

Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia Wykonawcy objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t.) i tym samym odmawia ich udostępnienia.

W ocenie Odwołującego - zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień wraz z dowodami udzielonych przez Wykonawcę w zakresie wyliczenia ceny oferty, które zostały nieskutecznie zastrzeżone jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jako naruszające zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny, a także zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę, ponieważ złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, stanowi naruszenie art. 18 ust. 3 pzp w zw. z art. 16 pzp, art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp oraz art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pzp.

I. Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 pzp w zw. z art. 16 pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 18 ust. 3 pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 pzp.

Nie ulega wątpliwości dla Odwołującego, że ocena czy informacje zastrzeżone przez Wykonawcę istotnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, należy wyłącznie do Zamawiającego, który jeżeli uzna, iż zastrzeżenie nie jest skuteczne, ma obowiązek dokonać ich ujawnienia.

W ocenie Odwołującego, w nawiązaniu do informacji z dnia 23 stycznia2025r., iż wyjaśnienia ceny złożone przez Wykonawcę zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, przez co nie mogą zostać udostępnione należy uznać, że przedmiotowa czynność Zamawiającego zastała podjęta z naruszeniem art. 18 ust. 3 pzp poprzez błędne i arbitralne uznanie, że wyjaśnienia ceny w całości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, która skutecznie i prawidłowo została zastrzeżona przez Wykonawcę.

Według Odwołującego - Wykonawca nie wykazał skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ zastrzeżone wyjaśnienia ceny oferty nie spełniają łącznie następujących przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

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

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

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

Odwołujący podniósł, że w doktrynie wskazuje się, że ochronie podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą". Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza samo stwierdzenie bez wykazania, 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.

Zdaniem Odwołującego - powyższe w uzasadnieniu potrzeby objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa winno być jednoznacznie wykazane.

Podkreślił, że dla wymaganego „wykazania" nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia.

Wskazał, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, np. formuł chemicznych, wzorców i metod działania (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00).

Z kolei za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa (tak w wyroku WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2013 r., II SA/Wa 1328/12).

Natomiast informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, a niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00).

Podniósł, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda ustawowo chroniona tajemnica, ma charakter obiektywny i nie można zatem istnienia takiej tajemnicy subiektywnie oceniać tylko na podstawie oświadczenia Wykonawcy. Samo twierdzenie o poufnym charakterze wyjaśnienia ceny oferty nie jest wystarczające i nie jest możliwe uznanie, iż to wyłącznie wola Wykonawcy ma decydować o utajnieniu określonej informacji.

Wywodził, że ciężar wykazania zasadności zastrzeżenia wyjaśnienia ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywał na Wykonawcy. Jego obowiązkiem było wykazanie równocześnie z zastrzeżeniem wyjaśnień ceny, że realizują się w stosunku do przedstawionej kalkulacji przesłanki, o których mowa w ustawie o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji.

Nawet w sytuacji, gdy część wyjaśnień mogłaby swej istoty czy charakteru faktycznie posiadać pewną wartość gospodarczą, to nie uprawnia to absolutnie Zamawiającego do utajnienia wyjaśnień ceny ofertowej w całości, w sytuacji gdy Wykonawca nie wywiązał się z obowiązku wykazania poufnego charakteru danych informacji. Z tego względu Zamawiający nie powinien był arbitralnie decydować o nieudostępnieniu wyjaśnień w ceny ofertowej całości.

Według Odwołującego - Zamawiający zupełnie błędnie ocenił, że Wykonawca wywiązał się z obowiązków przewidzianych w przepisach i wykazał, że wyjaśnienie ceny ofertowej, oparte na powszechnie obowiązujących przepisach prawa, faktycznie w całości, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Argumentował, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowić ma wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności kalkulacji ceny oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zauważył, że w powszechnie dostępnym obiegu funkcjonuje kalkulator kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony w 2024r., opracowany np. przez Polską Izbę Ochrony, który został opracowany na typowo stosowanej metodologii.

Ponadto, podstawą kalkulacji ceny oferty jest m.in. informacja o zgodności dokonanych wyliczeń 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 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz informacja o zgodności złożonej oferty z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenie społecznego.

W opinii Odwołującego - podstawowe i obowiązkowe, wynikające z przepisów prawa, elementy wyjaśnienia ceny

ofertowej nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są powszechnie dostępne. I chociażby z tego względu Wykonawca nie mógł skutecznie zastrzec w całości wyjaśnienia ceny ofertowej jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a działanie Zamawiającego, który nie udostępnił przedmiotowych wyjaśnień ceny ofertowej, stanowi naruszenie art. 18 ust. 3 pzp.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazał, że wyjaśnienie ceny ofertowej, praktycznie w całości, musi opierać się na typowo stosowanej metodologii uwzględniającej koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz zgodna z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

W ocenie Odwołującego - wszelkie ewentualne argumenty zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia kalkulacji ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie mogą dotyczyć żadnej autorskiej metody, gdyż muszą przede wszystkim opierać się na obowiązujących przepisach, a więc na cechach przynależnych wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia i niemającym jakiejkolwiek wartości gospodarczej.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że Wykonawca nie wykazał aby w przeszłości podejmował jakiekolwiek działania w celu utrzymania kalkulacji ceny w poufności.

Reasumując, Odwołujący podniósł, że wyjaśnienie ceny ofertowej złożone przez Wykonawcę, co najmniej w części dotyczącej wyliczenia, które powinno być zgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz zgodna z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa i tym samym zastrzeżenie w całości wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę, należy uznać za nieskuteczne, a działanie Zamawiającego polegające na nieudostępnieniu przedmiotowych wyjaśnień w całości, za naruszające przepis art. 18 ust. 3 pzp.

II. Zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp.

Zarzut ten nie wymaga omówienia w powodu jego wycofania przez Odwołującego na posiedzeniu przed Krajową Izba Odwoławczą z udziałem stron i uczestnika.

III. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pzp.

W ocenie Odwołującego – w związku z zaniechaniem przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny oferty, które zostały nieskutecznie zastrzeżone jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wyborem przez Zamawiającego oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, która podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny, Zamawiający naruszył zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W konsekwencji Odwołujący przyjął, że Zamawiający pozbawił możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami Wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny oferty, przed upływem terminu do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę, która zawierała rażąco niską cenę.

W piśmie z dnia 6 lutego 2025 r. Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

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, a także treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołanie, ofertę Przystępującego, pisma z dnia 9 stycznia 2025 r. z wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z dnia 6 lutego 2025 r., odpowiedź Przystępującego na odwołanie z dnia 5 lutego 2025 r., pismo procesowe Odwołującego z dnia 13 lutego 2025 r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba uznała za bezprzedmiotowe rozpoznanie zarzutu nr 2 naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z racji jego wycofania przez Odwołującego na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W dalszej kolejności po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 18 ust. 3 w związku z art. 16 ustawy Pzp.

Rozpoznając istotę sprawy należy wskazać, że zasadniczym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wyboru najkorzystniejszej oferty bez uprzedniego ujawnienia Odwołującemu zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa przez Przystępującego wyjaśnień i dowodów dotyczących rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie ujawnił Odwołującemu treści pisma z dnia 9 stycznia 2025 r. zawierającego zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, jak również samych wyjaśnień.

W związku z powyższym wymaga wskazania, że zgodnie z art.18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Natomiast w ustępie 2 cyt. wyżej przepisu prawa został wprowadzony wyjątek od zasady jawności, gdzie ustawodawca postanowił, że Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Jednocześnie w ust. 3 omawianego przepisu unormowano, 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 .

Komentowany przepis art.18 ustawy Pzp zatem odsyła na grunt ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdzie zostało zdefiniowane pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Stosownie do art.11 ust.2 ustawy Pzp 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.

Według zapatrywania Izby – Zamawiający był zobowiązany w sposób wyczerpujący zbadać wszystkie przesłanki prawne określone w art.11 ust.2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, badając skuteczność dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia.

Z ustaleń Izby oraz oświadczenia Zamawiającego i Przystępującego złożonych na rozprawie wynika, że Zamawiający nie zbadał przesłanki związanej z podjęciem przez Przystępującego, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania wyjaśnień w poufności.

Należy wskazać, że na rozprawie odnotowano, że na pytanie Przewodniczącego w jaki sposób zamawiający badał przesłankę związaną z podjęciem przez przystępującego działań mających na celu utrzymanie w poufności przedstawionych informacji pełnomocnik Zamawiającego wyjaśnił, że nie badał.

Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie Przewodniczącego czy przystępujący w treści zastrzeżenia tajemnicy przedstawił Zamawiającemu dowody mające potwierdzić jego działania mające na celu utrzymanie poufności wyjaśnia, że takich dowodów nie przedstawił.

Zgodnie z art.533 ust.1 ustawy Pzp nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania odwoławczego przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Wobec powyższego - zdaniem Izby – przedłożone przez Przystępującego uzasadnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny takiej motywacji nie zawierało.

Wymaga wskazania, że Sąd Najwyższy w swojej uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 na pierwsze z przedstawionych pytań udzielił odpowiedzi pozytywnej do pytania prawnego, z tą jednak jej modyfikacją w stosunku do treści pytania, że **badanie przez zamawiającego skuteczności dokonanego przez oferenta zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji mieści się w płaszczyźnie obowiązków**, a nie uprawnień **zamawiającego.**

W związku z tym to na zamawiającym ciążył obowiązek zbadania skuteczności wszystkich bez wyjątku przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednocześnie idąc za wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości z 17 listopada 2022 r., sygnatura , należy dostrzec, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, iż przekazane informacje są

poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

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:……