

Sygn. akt:KIO 3253/23

WYROK
z dnia 17 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2023 r. przez **wykonawcę Xerox Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Polskie Porty Lotnicze S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- wykonawcy **Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt:KIO 3253/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Polskie Porty Lotnicze S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z odpowiednim zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z aukcją elektroniczną, którego przedmiotem jest usługa określona jako: Świadczenie usług Centralnego Systemu Druku (CSD) w latach 2023-2026 (nr referencyjny 126/PN/ZP/TLLZP/23). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 132-421733 z dnia 12 lipca 2023 r.

Dnia 30 października 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 ustawy Pzp odwołanie złożył Wykonawca Xerox Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od działań i zaniechania Zamawiającego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na zaniechanie udostępnienia dokumentów złożonych w toku postępowania przez Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - dalej: KMBS.

2. Art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. tj. z dnia 13 maja 2022 r. (Dz.U. z 2022r. poz. 1233) – dalej: uznk - poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów zastrzeżonych KMBS jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny pomimo tego, że zastrzeżone przez KMBS informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca ten nie przedstawił wyjaśnienia ani dowodów które uzasadniałyby takie zastrzeżenie.

ewentualnie

3. Art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia oferty, a wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są częścią oferty.

Odwołujący wnosil o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów uznanych przez KMBS za tajemnicę przedsiębiorstwa, dotychczas nieprzekazanych a w szczególności

wyjaśnień z dnia 18 września 2023r. i z dnia 6 października 2023r. dotyczących ceny oferty oraz załączników do tych wyjaśnień.

2. Przeprowadzenie dowodu z protokołu Postępowania wraz z załącznikami – w szczególności:

a. wezwań Zamawiającego skierowanych do KMBS

b. udzielonych odpowiedzi.

3. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego a w szczególności:

a. wpisu w wysokości 15 000 zł (§2 pkt 1 ppkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania – dalej: rozporządzenie o kosztach),

b. kosztów poniesionych przez Odwołującego w kwocie wskazanej na rozprawie oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie nie mniejszej niż 3 600 zł (§5 rozporządzenia o kosztach).

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, w tym celu przygotował i złożył ofertę. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż zgodne z prawem działanie PPL winien prawidłowo zweryfikować dopuszczalność zastrzeżenia tajemnicy i w konsekwencji dokumenty te winny być ujawnione.

Odwołujący wskazał również, że uzyskanie dostępu do informacji niezasadnie zastrzeżonych jest warunkiem skutecznej ochrony prawa Odwołującego do pozyskania zamówienia publicznego w wyniku postępowania prowadzonego w sposób zgodny z prawem. Bez znajomości wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny – dalej: RNC – należyte uzasadnienie ewentualnego odwołania jest co najmniej utrudnione. Co więcej - jak wynika z udostępnionej korespondencji prowadzonej pomiędzy PPL i KMBS – wyjaśnienia potwierdzają zasadność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający pismem z 10 października br. dokonał takiej czynności podając zasadne uzasadnienie faktyczne i prawne, jednak następnie ją unieważnił w dniu 17 października 2023r. Odwołujący wskazał, że nie ulega wątpliwości fakt, że w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, może on ponieść szkodę.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w 515 ust. 1 pkt 1) ppkt a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 20 października 2023r. (przekazanie protokołu wraz z częścią załączników). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 30 października 2023 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

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

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że KIO i sądy powszechne wielokrotnie wskazywały, że skoro zasadą jest jawność postępowania o zamówienia publiczne to odmowa ujawnienia informacji lub dokumentów jest wyjątkiem a przesłanki dla wyłączenia jawności muszą być w sposób jednoznaczny wykazane. Zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae* – wyjątków nie można interpretować rozszerzająco. Skoro zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne, to KMBS - dążąc do wyłączenia tej zasady - była zobowiązana do szczegółowego uzasadnienia i udowodnienia swego działania w odniesieniu do każdej informacji i każdego dokumentu, czego nie uczyniła. Samo powołanie się na dane okoliczności, ich wskazanie, a nawet opisanie nie jest wystarczające – należy wykazać, że ochrona informacji jest skuteczna. Odwołujący wskazał, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć charakter wiarygodny i możliwy do sprawdzenia, nie zaś nieweryfikowalny. Odwołujący zauważył, że w orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślano, że przedstawienie samych wyjaśnień tajemnicy bez dołączenia do nich odpowiednich dowodów jest niewystarczające.

Odwołujący podniósł, że KMBS w toku Postępowania dwukrotnie posłużyła się tym samym wzorem dla uzasadnienia odstąpienia od zasady jawności i utajnienia wyjaśnień dotyczących ceny. Jednak pomimo ich obszerności są one ogólne i nie wykazują przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Zdaniem Odwołującego Przystępujący nie wykazał kumulatywnego spełnienia trzech przesłanek, tj. tego że:

a. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą,

b. jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób;

c. podjęto w stosunku do niej, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Odwołujący wskazał, że obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 18 ust. 1-3, jak również art. 16 ustawy Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Za nieuzasadnione należy uznać zdaniem Odwołującego zastrzeżenie całości wyjaśnień RNC w sytuacji, gdy może one zawierać (i z całą pewnością zawierają) także informacje nie zasługujące na ochronę

jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w jego treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 uznk. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, słowa/wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku

W dniu 10 listopada 2023 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1. Odrzucenie odwołania w zakresie, w którym odnosi się do wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez Konica Minolta Buisnes Solutions Polska sp. z o.o. (dalej „Przystępujący”) w dniu 18 września 2023 roku. W powołanym zakresie zdaniem Zamawiającego odwołanie jest spóźnione, a co za tym idzie aktualizuje się wobec odwołania w tym zakresie przesłanka jego odrzucenia określona art. w art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.
2. Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał na zasadność oddalenia odwołania, jako bezzasadnego. Wykonawca zarówno w odniesieniu do wyjaśnień z 18 września 2023 roku, jak i tych z 6 października 2023 roku wykazał zdaniem Zamawiającego zasadność zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący natomiast w odwołaniu nie udowodnił, aby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było niewystarczające w świetle art. 18 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W szczególności nie przedstawił żadnych dowodów pozwalających na przyjęcie, że stanowisko Przystępującego prezentowane w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest niewiarygodne, czy niezgodne ze stanem faktycznym, czy przyjętymi standardami w branży IT. W ocenie Zamawiającego Przystępujący sprostował w realiach przedmiotowej sprawy obowiązkowi wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji stanowiących wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny.

Z ostrożności Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Przystępujący nie wykazał w dostateczny sposób zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa aktualność zachowuje stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), aprobujące możliwość dokonania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawcy do wyjaśnień treści oferty, w przypadku wątpliwości co do wskazanego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajności określonych części oferty (w niniejszym postępowaniu Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 października 2023 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2911/23) podzieliła stanowisko Zamawiającego co do szerokiego rozumienia pojęcia oferty.

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

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

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania w zakresie, w którym odnosi się ono do wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez Przystępującego w dniu 18 września 2023 roku Izba postanowiła oddalić ten wniosek, jednocześnie należy wskazać, że kwestia terminu udostępnienia poszczególnych dokumentów została uregulowana w ustawie Pzp w art. 74 ust. 2. Zgodnie z art. 73 ustawy Pzp zarówno oferty, jak i inne dokumenty składane przez wykonawców stanowią załączniki do protokołu, przy czym zasadą jest iż są one udostępniane po wyborze najkorzystniejszej oferty. Ustawodawca przewidział jednak wyjątek, iż oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po ich otwarciu, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. W ocenie Izby termin określa katalog dokumentów, które jako wyjątek od zasady udostępniania załączników do protokołu po wyborze najkorzystniejszej oferty, mogą zostać udostępnione wykonawcom wcześniej. Są to wyłącznie oferty wraz z załącznikami, a więc dokumenty składane przez wykonawców do dnia otwarcia ofert. Załącznikami do oferty będą np. zobowiązanie podmiotu trzeciego czy też przedmiotowe środki dowodowe. W związku z tym wszystkie pozostałe składane w toku postępowania dokumenty, w tym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mogą zostać udostępnione dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Co prawda w przedmiotowej sprawie Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumenty wcześniej, jednak nie był do tego zobowiązany. Z uwagi jednak na to, że do tego udostępnienia doszło, Odwołujący skorzystał z przysługującego mu środka ochrony prawnej.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż uzyskanie dostępu do informacji niezasadnie zastrzeżonych jest warunkiem skutecznej ochrony prawa Odwołującego do pozyskania zamówienia publicznego w wyniku postępowania prowadzonego w sposób zgodny z prawem. Bez znajomości wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny należyte uzasadnienie ewentualnego odwołania jest dla Odwołującego co najmniej utrudnione.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do

skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego oraz pisma procesowego złożonego przez Przystępującego.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z aukcją elektroniczną, którego przedmiotem jest usługa określona jako: Świadczenie usług Centralnego Systemu Druku (CSD) w latach 2023-2026. Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 lipca 2023 r. 31 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców jaką kwotę przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. W postępowaniu zostało złożonych 6 ofert. Wszyscy wykonawcy otrzymali zaproszenia do aukcji elektronicznej. Aukcja odbyła się 26 września 2023 r. Ofertę z najniższą ceną złożył Przystępujący, wykonawca, którego oferta uplasowała się na drugim miejscu nie złożył wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, trzecią w kolejności ofertę złożył Odwołujący. W następstwie wyroku z dnia 17 października 2023 r. wydanego w sprawie o sygn. 2911/23 Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami. Zamawiający przekazał Odwołującemu w dniu 20 października 2023 r. protokół wraz z załącznikami, nie udostępniając mu jednak wyjaśnień z dnia 18 września 2023 r. i 6 października 2023 r. złożonych przez Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny. Działanie takie zdaniem Odwołującego narusza przepisy ustawy, gdyż Przystępujący nie wykazał istnienia przesłanek niezbędnych dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przedmiotowe postępowanie dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 18 września 2023 r. oraz 6 października 2023 r. Stan faktyczny nie był sporny między stronami. Sporne było to, czy Zamawiający był uprawniony do zaniechania ujawnienia dokumentów zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa z uwagi na to, że informacje te spełniają przesłanki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a w związku z tym, czy wykonawca ten przedstawił wyjaśnienia lub dowody, które uzasadniałyby takie zastrzeżenie. Brak ujawnienia zastrzeżonych dokumentów doprowadził w ocenie Odwołującego do niezachowania przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk:

„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 złożonym odwołaniu oraz podczas rozprawy Odwołujący podnosił, że Przystępujący nie wykazał ani nie udowodnił spełnienia poszczególnych przesłanek odnośnie informacji podlegających zastrzeżeniu. Wskazać należy, że Odwołujący uzasadnienie podniesionych zarzutów oparł głównie na wybiórczym przedstawieniu orzecznictwa KIO. Zauważyć jednak należy, że poszczególne orzeczenia zapadły w oparciu o inne stany faktyczne, a w związku z tym nie mają zastosowania do przedmiotowej sprawy i nie są dla Izby wiążące. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, ani tego, że stanowią one jego know-how. Zarówno w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 18 września 2023 r., jak i z dnia 6 października 2023 r. wskazano na wartość organizacyjną i handlową zastrzeganych informacji. Jak wskazał Przystępujący zastrzegane informacje pozwalają ustalić poziom posiadanego przez niego potencjału w danym sektorze i jego sytuacji finansowej, tj. m.in. jakie produkty oferuje, z jakimi podmiotami współpracuje, jakiej wysokości i rodzaju upusty i rabaty otrzymuje, jakie są warunki współpracy z partnerami biznesowymi, jaki jest oczekiwany i osiągnięty przez niego poziom cen (w tym upustów) za nabywane dostawy/usługi. W wyjaśnieniach zawarte są dane dotyczące ofert i cen uzyskanych od konkretnych partnerów biznesowych Przystępującego oraz zawieranych z nimi umów. Stanowią one dla Przystępującego istotną wartość gospodarczą (są podstawą jego funkcjonowania na rynku). Ujawnienie tych informacji może bowiem znacznie wpłynąć na obniżenie potencjału konkurencyjnego Przystępującego. Co więcej wykonawca ten wskazał, że wartość gospodarcza informacji zawartych w wyjaśnieniach i załącznikach do wyjaśnień polega również na tym, że ich odtajnienie podważyłoby wiarygodność Przystępującego w oczach jego partnerów biznesowych, klientów oraz zaufanie partnerów do Przystępującego w zakresie powierzanych mu informacji i dokumentów, utrudniając lub wręcz uniemożliwiając dalszą współpracę w przyszłości. Ujawnienie tych informacji może zatem spowodować szkodę

po stronie Przystępującego, w postaci narażenia go na wysokiej wartości sankcje odszkodowawcze względem jego klientów i utratę partnerów biznesowych, co z kolei spowodowałoby szkodę dla Przystępującego w postaci znacznego obniżenia jego potencjału i możliwości uzyskania zamówień w postępowaniach w danej branży.

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego w przypadku zarówno wyjaśnień z dnia 18 września 2023 r., jak i 6 października 2023 r. jest jak słusznie zauważył Odwołujący zbliżone. Należy mieć jednak na uwadze, że mamy do czynienia z tym samym postępowaniem na kolejnych jego etapach. Przystępujący tak samo, jak inni wykonawcy, miał świadomość, że podczas aukcji elektronicznej zaoferowana cena będzie niższa, aniżeli pierwotnie zaoferowana. Można zatem przyjąć, że przygotowując oferty brał on pod uwagę analogiczne okoliczności i umowy z kontrahentami. Wskazana różnica w zaoferowanej cenie występowała również u innych wykonawców biorących udział w postępowaniu (w tym u Odwołującego). W ocenie Izby nie świadczy to o tym, że dany wykonawca zamierzał np. korzystać z umów zawartych z innymi podmiotami czy innych rozwiązań stanowiących podstawę ustalenia ceny. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że różnice mogą wynikać z wielu czynników np. marży czy zastosowanych rabatów i upustów. Przystępujący wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz złożonymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny przedstawił również dowody, które dodatkowo uwiarygadniały konieczność zastrzeżenia przekazywanych informacji. Izba ma co prawda świadomość tego, iż Odwołujący nie zna ich treści, jednak należy podzielić stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego podczas rozprawy, że treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy odczytywać łącznie, wraz ze wszystkimi przedstawionymi na poparcie konieczności zastrzeżenia dokumentami.

Przystępujący w ocenie Izby dostatecznie wykazał, że przekazywane informacje nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne, wykazał także podjęcie prawidłowych czynności w celu zachowania poufności swoich danych. Jednocześnie Izba wskazuje, że Odwołujący nie uwiarygodnił, ani nie uprawdopodobnił, że Przystępujący nie zawiera umów o zachowaniu poufności zgodnie z przedłożonym wzorem. Co więcej należy zauważyć, że zawieranie umów o zachowaniu poufności jest działaniem powszechnym u większości podmiotów działających na tym samym rynku, co Przystępujący i Odwołujący.

W uzasadnieniu zastrzeżenia odniesiono się szczegółowo do działań podjętych w celu ochrony informacji, poparto je dowodami. Dostęp do informacji objętych tajemnicą jest kontrolowany i przez to ograniczony, zaś konkurencja została skutecznie pozbawiona prawa do uzyskania dostępu do tych danych. Stanowisko Odwołującego jakoby zastrzeżone informacje wynikały z SWZ (załącznik nr 1) jest bezpodstawne. Gdyby tak faktycznie było Odwołujący nie musiałby domagać się odtajnienia zastrzeżonych informacji, ponieważ sam z łatwością mógłby je uzyskać. Przystępujący w przedmiotowych uzasadnieniach wskazał, że dokonał czasochłonnej analizy wielu parametrów produktów oraz rodzaju i zakresu usług dostępnych na rynku pod kątem spełnienia wszystkich wymagań postawionych przez Zamawiającego, skompletował zestaw urządzeń i oprogramowania, tj. rozwiązanie posiadające konkretne parametry i funkcjonalności. W przypadku udostępnienia wyjaśnień i załączników do nich podmioty konkurencyjne uzyskają gotowe, opracowane zestawienie konkretnych produktów, usług, partnerów biznesowych i przypisanych konkretnych wynegocjowanych cen przez Przystępującego pod konkretne zamówienie, których uzyskanie byłoby niemożliwe dla tych podmiotów lub bardzo utrudnione i czasochłonne. Ujawnienie wyjaśnień i załączników do nich znacznie osłabiałoby pozycję i potencjał konkurencyjny Przystępującego wobec innych podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, a tym samym może narażać go na szkodę. Co więcej Przystępujący wskazał, że sporne dane można wykorzystać w kolejnych postępowaniach.

Istotne jest, że informacje znajdujące się w dokumentach objętych zastrzeżeniem nie są upubliczniane i nie znajdują się ani na stronie internetowej Przystępującego, podmiotów udostępniających zasoby, ani jego partnerów biznesowych. Jak słusznie zauważył Przystępujący informacje zawarte w wyjaśnieniach i załącznikach do nich nie były ujawnione do wiadomości publicznej jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób. Dostęp do konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach i załącznikach do nich nie jest ogólny, nieograniczony i możliwy dla każdego podmiotu bez uzasadnienia potrzeby wglądu w takie informacje. Przystępujący wskazał również, że oprócz odpowiednich kroków prawnych dba również o bezpieczeństwo fizyczne przetwarzanych informacji poprzez wdrożenie w swoich siedzibach Systemu Kontroli Dostępu zabezpieczającego przed nieuprawnionym dostępem osób trzecich. W praktyce informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa są chronione u Przystępującego poprzez przechowywanie papierowych egzemplarzy dokumentów zawierających dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w pomieszczeniach, do których dostęp jest kontrolowany, jak i w formie elektronicznej poprzez umieszczenie informacji na nośnikach danych zabezpieczonych przed nieuprawnionym dostępem za pomocą haseł, a także odpowiednim oprogramowaniem (antyvirusowym, firewall).

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, że zastrzeżone informacje przystępującego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa określoną w art. 11 ust. 2 uznk, ponieważ dane te stanowią know-

how Przystępującego, dotyczą organizacji jego przedsiębiorstwa i posiadają rzeczywistą wartość gospodarczą. Nie są to dane, które w tym zestawieniu są powszechnie znane, ani łatwo dostępne, a przy tym mają charakter uniwersalny, mogą zostać wykorzystane w innych postępowaniach, zaś ujawnienie ich powodowałoby szkodę. Co więcej Przystępujący podjął działania w celu zachowania tych informacji w poufności, co udowodniono dokumentami załączonymi do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. W ocenie Izby zaistniały zatem w przedmiotowym postępowaniu podstawy do uznania, że znajdzie tu zastosowanie wyjątek od zasady jawności postępowania określony w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podniesionej w odwołaniu niemożności zastrzeżenia całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a zakres jego rozpoznania wyznaczają okoliczności powołane w odwołaniu. Odwołujący wskazując na wybrane orzeczenia KIO żądał odtajnienia de facto całej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazując na prawdopodobieństwo wystąpienia informacji skutkujących odrzuceniem oferty Przystępującego. Nie wskazał poszczególnych części dokumentów, które w jego ocenie nie powinny zostać utajnione, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, słowa/wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku.

Argumentacja powołana przez Izbę powyżej w uzasadnieniu oddalenia wniosku Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania zakresie, w którym odnosi się ono do wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez Przystępującego w dniu 18 września 2023 roku ma zastosowanie również do podniesionego przez Odwołującego zarzutu ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia oferty, a wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są częścią oferty. Załącznikami do oferty jest np. zobowiązanie podmiotu trzeciego czy też przedmiotowe środki dowodowe, które są składane wraz z ofertą. Wszystkie pozostałe składane w toku postępowania dokumenty, w tym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, mogą zostać udostępnione przez Zamawiającego dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca: