Sygn. akt: KIO 1308/23

WYROK
z dnia 23 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Monika Szymanowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2023 r. przez odwołującego Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o. o. w Zielonej Górze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Izbę Administracji Skarbowej w Zielonej Górze przy udziale wykonawcy Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o. o. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o. o. w Zielonej Górze i zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) 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 2022 r. poz. 1710 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.

Przewodniczący:

……

U z a s a d n i e n i e
wyroku z dnia 23 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1308/23

Zamawiający – Izba Administracji Skarbowej w Zielonej Górze ul. Generała Władysława Sikorskiego 2, 65-454 Zielona Góra, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dzierżawa i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą i wdrożeniem Systemu Obsługi Wydruku dla Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze oraz podległych jednostek", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 035-099105, zwane dalej „postępowaniem".

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p."), jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 8 maja 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o. o. ul. Fabryczna nr 13 lok. 1, 65-410 Zielona Góra (dalej zwany „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 18 ust. 3 w związku z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ((Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), dalej zwanej jako „z.n.k.") przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Wykonawcę Konica Minolta Business Solution Sp. z o.o. (dalej także jako „wykonawca Konica"), jako tajemnica przedsiębiorstwa: wyjaśnień RNC, oraz uzupełnienia do wyjaśnień już wcześniej złożonych, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności badania, oceny oraz wyboru oferty wykonawcy Konica, odtajnienia informacji z wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz informacji z uzupełnienia wyjaśnień, wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień uzupełniających sposobu kalkulacji ceny i udostępnienie ich odwołującemu oraz dokonanie ponownej oceny ofert. Odwołujący dodał, że na obecnym etapie nie jest w stanie podjąć polemiki z treścią wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wykonawcy Konica wobec bezprawnego nieudostępnienia treści tych dokumentu, co będzie możliwe dopiero po udostępnieniu rzeczonych dokumentów. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W dniu 27 kwietnia 2023 r. zamawiający udostępnił odwołującemu załączniki do protokołu z postępowania z pominięciem wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, ponownego wezwania do wyjaśnień dotyczących ceny i uzupełnionych wyjaśnień wykonawcy Konica.

Odwołujący podkreślił, że naczelną zasadą zamówień publicznych jest jawność postępowania. Każdy wykonawca, który przystępuje do postępowania publicznego, musi liczyć się z tym, że podlega on ocenie nie tylko zamawiającego, ale również konkurencji. Zasada ograniczenia jawności nie może być nadużywana i wykorzystywana do celowego ograniczania konkurencji i powinna mieć miejsce tylko w wyjątkowych, określonych przypadkach. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. W ocenie odwołującego uzasadnienie utajnienia wyjaśnień wykonawcy Konica jest lakoniczne, szablonowe, nie zawiera wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, poza ogólnymi stwierdzeniami. Świadczy o tym też fakt przywoływania wyroków dotyczących innych okoliczności niż utajnianie wyjaśnień RNC.

Zdaniem odwołującego wykonawca zobowiązany jest do wykazania przed zamawiającym i do ochrony spornych informacji, jednak wykazanie nie może ograniczać się do kilku zdań, które powtarzane w koło tworzą wrażenie obszernego dokumentu. Dla skutecznego wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie wystarczy poprzestać na twierdzeniu, iż informacje te stanowią tajemnicę. Wykonawca Konica, w żadnym punkcie zastrzeżenia, nie wykazał jaką wartość gospodarczą i finansową miałoby odtajnienie informacji znajdujących się

w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Odwołujący przywołał fragmenty wyroków Izby: z dnia 23 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 846/20, z 19 kwietnia 2021 r. sygn. akt: KIO 656/21, z 11 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 968/21, z 28 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1633/21, z 18 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 662/21 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 24 lutego 2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 133/21 i zaznaczył, że fakt utajnienia istotnych dla oceny prawidłowości przeprowadzonego badania ofert elementów wyjaśnień odbiera mu prawo do obrony swoich interesów, dlatego wybór oferty powinien mieć miejsce dopiero po uzyskaniu możliwości oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty konkurencyjnej. Odwołujący dodał, że wykonawca Konica utajnił cały dokument, choć zgodnie z przepisami p.z.p. utajnieniu podlegają jedynie informacje podlegające ochronie. Bezsprzecznie takimi informacjami są ceny jakie wykonawca uzyskuje od swoich partnerów i marża, jaką uzyskuje na kontrakcie, jednak już utajnienie pozycji podlegających wycenie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ większość z tych informacji wynika z oferty.

Ponadto, według odwołującego, utajnienie wezwania zamawiającego do złożenia kolejnych wyjaśnień jest nieuprawnione, gdyż dokument ten nie jest dokumentem wykonawcy Konica. Dokumenty zamawiającego co do zasady są dokumentami jawnymi. Zamawiający powinien ujawnić dokument utajniając jedynie informacje, które dotyczą ceny lub marży (co do wartości). Informacje czego dotyczyło wezwanie, to czy dotyczyło ono uzupełnienia wyjaśnień czy też innych okoliczności, prowadzących *de facto* do zmiany złożonych wcześniej wyjaśnień powinno być jawne. Jawna również powinna być informacja o nazwie i ilości licencji wykazanych w wyjaśnieniach ceny w zakresie tych produktów, które wynikają z wymagań SWZ np. licencje Windows Server, licencje OCR Abby FineReader. Powyższa informacja - wykazanie właściwego rodzaju i ilości, ma istotny wpływ na ważność oferty.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1 - 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o. o. ul. Krakowiaków 44, 02-255 Warszawa (dalej zwany „przystępującym"), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych w zakresie weryfikacji przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów przystępującego złożonych w odpowiedzi na wezwania zamawiającego dotyczące sposobu kalkulacji ceny (wyjaśnienia przystępującego z dnia 27 marca 2023 r. i z dnia 5 kwietnia 2023 r.) oraz treści wezwania zamawiającego z dnia 31 marca 2023 r. Osią sporu było zatem rozstrzygnięcie czy zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania i oceny skuteczności utajnienia spornych informacji, w tym czy nie doszło do naruszenia w postępowaniu art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 74 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. z powodu zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu przedmiotowych informacji, pomimo że zdaniem odwołującego nie zostały one skutecznie zastrzeżone i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów z.n.k.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o korespondencję prowadzoną w toku przetargu, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, więc rozpoznawane odwołanie zostało oddalone.

Krótko wskazać należy, że 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 (art. 11 ust. 2 z.n.k.). Zatem z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, że podstawą do uznania informacji za podlegającą ochronie jest jej charakter oraz okoliczność, że nie jest ona powszechnie znana albo łatwo dostępna dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji. Wymagane jest również podjęcie przez wykonawcę właściwych czynności, które powodują utrzymanie informacji w tajemnicy. Wszystkie te przesłanki musza zostać spełnione kumulatywnie, co weryfikowane jest przez zamawiającego, który ma obowiązek zbadać czy wykonawca skutecznie zastrzegł swoje dane jako tajemnicę gospodarczą, ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego co do zasady jest jawne (art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 p.z.p.).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego odwołaniem skład orzekający wskazuje, że wbrew stanowisku odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy gospodarczej przystępującego nie jest ogólne, ani szablonowe. Dokument ten w sposób adekwatny i kompletny pozwolił zamawiającemu na ocenę czy zastrzeżone dane spełniają wszystkie wymagane elementy objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Przystępujący dostarczył zamawiającemu właściwy materiał do obiektywnego zbadania czy sporne dane należy traktować jako tajemnicę niepodlegającą udostępnieniu. Odniesiono się do istotnej wartości gospodarczej oraz organizacyjnego charakteru spornych informacji, które nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne, wykazano także podjęcie przez wykonawcę prawidłowych czynności w celu zachowania poufnego charakteru swoich danych.

W szczególności, nie znalazło potwierdzenia w materiale procesowym twierdzenie, że przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Tak jak trafnie podnosił zamawiający i przystępujący, szeroko odniesiono się do tego w pkt 1.1 - 1.7 str. 2 - 3 i pkt 1.14 - 1.15 str. 7 uzasadnienia zastrzeżenia z dnia 27 marca 2023 r.,

gdzie w sposób rzeczowy i przekonujący wskazano powody zastrzeżenia jako poufnych elementów oferowanego rozwiązania wraz z jego wyceną, wyjaśniając, że sposób kalkulacji ceny ujawnia szczegóły dotyczące posiadanych, unikalnych relacji handlowych oraz *know-how* wykonawcy, których ujawnienie dałoby konkurencji przewagę rynkową – zarówno co do wiedzy dotyczącej sposobu konstruowania intratnych ofert, jak i warunków współpracy z partnerami biznesowymi wykonawcy, powodując po stronie przystępującego powstanie szkody, także mając na uwadze, że dane te można wykorzystać w kolejnych postępowaniach.

Przystępujący wskazywał, że przekazane przez niego informacje w ramach wyjaśnień ceny, zarówno co do wyceny poszczególnych elementów (które wskazują na szczegóły wynegocjowanych warunków cenowych z partnerami biznesowymi, posiadane upusty i rabaty), jak i co do doboru urządzeń i oprogramowania do realizacji zamówienia (wynik czasochłonnej analizy zestawienia konkretnych elementów posiadających wymagane parametry i funkcjonalności) stanowi kompilację jego wiedzy i doświadczenia (*know-how*) oraz posiadanych relacji handlowych. Ujawnienie tych danych umożliwiłoby konkurencji zweryfikowanie poprawności kalkulacji swoich ofert z uwzględnieniem sposobu przygotowania ich przez przystępującego. Konkurencja powzięłaby także wiedzę o szczegółach posiadanych przez przystępującego relacjach handlowych, co podważyłoby wiarygodność wykonawcy w stosunku do podmiotów z nim współpracujących, utrudniając lub wręcz uniemożliwiając dalszą współpracę – podnoszono, że ujawnienie spornych informacji znacznie osłabiłoby pozycję i potencjał przystępującego, ponieważ konkurencja pozyskałaby szczegółową wiedzę o możliwych do wynegocjowania warunkach, stawkach i cenach w stosunku do konkretnych podmiotów działających w branży, więc będzie mogła zarówno zweryfikować własny sposób kalkulacji ceny, jak i zaoferować partnerom biznesowym przystępującego lepsze warunki. Dodano, że poszukiwanie nowych partnerów biznesowych, negocjowanie korzystnych warunków współpracy i cen jest nie tylko trudne i czasochłonne, ale w kolejnych ofertach należałoby skalkulować wyższe ryzyko realizacji zamówienia, ponieważ rozpoczęcie współpracy z nowym partnerem biznesowym cechuje znacznie niższy poziom zaufania, niż w przypadku długoletniej, stałej relacji. W takim wypadku występują także mniejsze możliwości negocjacyjne w zakresie warunków współpracy i cen produktów. Czyli konkurencja dowiedziałaby się jakie przystępujący produkty oferuje, z jakimi podmiotami współpracuje i jakie są warunki tej współpracy, jakiej wysokości i rodzaju upusty i rabaty otrzymuje, jaki jest oczekiwany i osiągany przez niego poziom cen (w tym upustów) za nabywane dostawy/usługi. Zatem ujawnienie tych informacji miałoby daleko idące konsekwencje – nie tylko finansowe, ale i biznesowe. Szkoda w postaci ponoszenia kosztów poszukiwania nowych partnerów, brak zachowania wynegocjowanych cen i warunków współpracy, co obecnie pozwala na zachowanie potencjału konkurencyjnego na rynku, mogłoby uniemożliwić wykonawcy udział w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym brak uzyskania wynagrodzenia z realizacji kolejnych umów. Powyższe ustalono na podstawie pkt 1.1, 1.2, 1.3, 1.6, 1.14 i 1.15 ze str. 2 - 3 i 7 uzasadnienia zastrzeżenia z dnia 27 marca 2023 r. Ponadto, skład orzekający podziela i przyjmuje za własną argumentację zamawiającego wskazaną na str. 4 - 6 odpowiedzi na odwołanie, gdzie odniesiono się do kluczowych elementów wymaganych dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy w korelacji z brzmieniem uzasadnienia utajnienia przystępującego.

Jednocześnie Izba nie miała powodu, aby odmówić wiarygodności stanowisku zamawiającego, który podnosił, że na tym rynku takie informacje mają szczególną wartość, co mając na uwadze podnoszone w uzasadnieniu zastrzeżenia okoliczności, że krąg wykonawców biorących udział w tego typu postępowaniach jest ograniczony powoduje, że utajnione dane mogą zostać wykorzystane w kolejnych przetargach, czyli wykonawcy wykorzystują swoje *know-how* w przyszłych postępowaniach. *Ergo* potwierdza to, że dostęp do spornych, utajnionych danych faktycznie daje przewagę na tym rynku, a chronione dane nie są istotne wyłącznie dla kalkulacji tej ceny – przeciwnie, mają wartość uniwersalną, bowiem będą mogły zostać wykorzystane w przyszłości, więc ujawnienie ich obniżałoby szansę przystępującego na wygrywanie kolejnych postępowań czy wręcz uniemożliwiałoby mu uzyskanie kolejnych zamówień (tak też pkt 1.7 str. 3 uzasadnienia zastrzeżenia).

Skład orzekający stwierdził zatem, iż ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby mieć znaczny wpływ na sytuację w jakiej przystępujący znajduje się w stosunku do swoich konkurentów, mając także na uwadze specyfikę przedmiotu zamówienia. Nie ma również podstaw, z uwagi na treść uzasadnienia zastrzeżenia, aby zakwestionować wartość gospodarczą utajnionych informacji – w istocie bowiem charakter zamówienia wskazuje na fakt, iż informacje dotyczące doboru urządzeń i oprogramowania do wymagań zamawiającego oraz posiadane relacje handlowe mają w zasadzie kluczowe znaczenie przy formułowaniu oferty. Efektem gromadzenia wiedzy, doświadczeń i wiarygodności oraz wypracowywania korzystnych warunków współpracy jest lista wyselekcjonowanych partnerów biznesowych, co bezpośrednio przedkłada się na zysk wykonawcy, gdyż wiedza ta daje przedsiębiorcy realną przewagę, której wynikiem jest możliwość zaoferowania ceny niższej niż cena konkurencji. Zastrzeżone dane, integralnie związane z obrotem gospodarczym, mogą zostać potencjalnie użyte przez innego przedsiębiorcę, z korzyścią dla prowadzonej przez niego działalności, co stanowi obiektywne kryterium wartości gospodarczej (jako wartości ekonomicznej) objętych tajemnicą informacji, których ujawnienie istotnie zagroziłoby interesom przystępującego powodując powstanie szkody.

Natomiast oszczędna argumentacja odwołującego nie mogła w żaden sposób podważyć skuteczności zastrzeżenia tajemnicą tychże informacji, a tym samym stanowić o naruszeniu prawa przez zamawiającego. Twierdzenia odwołującego stanowiły raczej polemikę z treścią uzasadnienia utajnienia, która nie znalazła odzwierciedlenia w piśmie przystępującego z dnia 27 marca 2023 r. Odwołujący nie sprostał ciężarowi wykazania faktów, z których wywodził korzystne dla siebie skutki prawne, pozostawiając swoje stanowisko niepotwierdzonym.

Izba wskazuje dalej, że w uzasadnieniu zastrzeżenia odniesiono się także do działań podjętych w celu ochrony informacji (pkt 1.11 - 1.13 str. 7, pkt 1.17 str. 8, pkt 2.1 - 2.10 str. 10 - 11) wykazując, że dostęp do nich jest chroniony poprzez poparcie utajnienia stosownymi dowodami. Przystępujący wykazał, iż dostęp do informacji objętych tajemnicą jest kontrolowany i przez to ograniczony, zaś konkurencja została skutecznie pozbawiona prawa do uzyskania dostępu do tych danych. Warto także zaznaczyć, co również podkreślano w uzasadnieniu zastrzeżenia (pkt 1.17 - 1.21 str. 8 - 9), że informacje zastrzeżone, objęte ochroną wynikającą z art. 11 ust. 2 z.n.k., nie zostaną odwołującemu udostępnione w trybie dostępu do informacji publicznej. Ewentualnie mogą zostać udostępnione informacje przetworzone, jednakże sama treść i zakres udostępnianych danych będzie podlegać przyszłej ocenie zamawiającego. Innymi słowy, nie ma podstaw, aby przyjąć, że sporne informacje zostały utajnione jedynie na etapie składania ofert, żeby utrudnić konkurencji do nich dostęp, a na etapie realizacji umowy będą jawne. Informacje te nie są także powszechnie znane czy łatwo dostępne.

W dalszej kolejności skład orzekający stwierdził, że wezwanie zamawiającego z dnia 31 marca 2023 r., do złożenia ponownych wyjaśnień dotyczących wyceny, w swojej treści bezpośrednio odnosi się do skutecznie zastrzeżonych informacji przystępującego, co do których nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. Skoro zatem dane te nie podlegają udostępnieniu, także informacje z wezwania nie powinny zostać

odtajnione. Ponadto, mając na uwadze treść wezwania i udzielone wyjaśnienia, Izba stwierdziła, że nie doszło do podnoszonej przez odwołującego możliwej negocjacji treści oferty czy zmiany wcześniej złożonych wyjaśnień, generalnie – dotyczy ono dopytania przystępującego o konkretne elementy ceny z pierwszych wyjaśnień, a w odpowiedzi na nie wykonawca odnosi się do swoich tabel z wyliczeniami i odpowiada na pytania zamawiającego.

Odwołujący podnosił również, że fakt utajnienia elementów, które są istotne dla oceny prawidłowości przeprowadzonego przez zamawiającego badania oferty przystępującego, odbiera mu prawo do obrony swoich interesów – w ocenie strony utajniono całe wyjaśnienia ceny co jest nieprawidłowe, a o ile ceny, jakie przystępujący uzyskuje od swoich partnerów, czy naliczona marża mogą pozostać utajnione, to utajnienie pozycji podlegających wycenie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ większość z tych informacji wynika z oferty (pkt 17 str. 9 odwołania). Zdaniem odwołującego również jawna powinna być informacja o nazwie i ilości licencji wykazanych w wyjaśnieniach ceny w zakresie tych produktów, które wynikają z wymagań SWZ np. licencje Windows Server, licencje OCR Abby FineReader (pkt 18 str. 9 odwołania).

Skład rozpoznający odwołanie zgadza się w tym zakresie z przystępującym, który podnosił, że w formularzu ofertowym należało wskazać jedynie całkowitą cenę brutto (za zamówienie podstawowe i za zamówienie w ramach prawa opcji) i model urządzenia (typ 1 i typ 2), a w formularzu cenowym – dla zamówienia podstawowego i dla zamówienia w ramach opcji – cenę za wydruk monochromatyczny i za wydruk kolorowy. Opis przedmiotu zamówienia jest opisem funkcjonalnym, gdzie dobór rozwiązań pozostawiono wykonawcy, a system wydruku nie był nigdzie ujawniany. Zamawiający w SWZ nie wskazał na wymóg zaoferowania licencji Windows Server, ani na wymóg zaoferowania licencji OCR Abby FineReader. Zarówno dobór odpowiednich licencji, jak i ich ilość bazuje na wiedzy i doświadczeniu każdego wykonawcy, który składa ofertę. Takie informacje stanowią wartość gospodarczą i w tym przetargu podlegają skutecznemu utajnieniu. Powyższe ma bezpośrednie potwierdzenie w pkt 1.9 str. 15 wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego z dnia 27 marca 2023 r. odnoszących się do systemu wydruku i zaoferowanych licencji, a dobór właściwych rozwiązań jest zastrzeżonym *know-how* przystępującego (tak pkt 1.14 str. 7 uzasadnienia zastrzeżenia). Zatem nie ma podstaw do podawania odwołującemu informacji skutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, a stanowisko jakoby wynikały one z SWZ jest bezpodstawne. Czym innym jest bowiem określenie w dokumentacji postępowania cech funkcjonalnych przedmiotu zamówienia (co faktycznie jest jawne i zostało podane przez zamawiającego), a czym innym dobór właściwego urządzenia do wymagań wskazanych w SWZ przez wykonawcę (co zostało utajnione).

Warto także zaznaczyć, że w odwołaniu, w sposób bardzo oszczędny podnoszono, że utajnieniu nie mogą podlegać całe dokumenty, a poszczególne informacje. Argumentację w tym zakresie próbowano rozszerzyć na rozprawie, jednakże odwołanie jest w tym zakresie merytorycznie puste – w rozpoznawanym środku zaskarżenia nie wskazano konkretnych okoliczności faktycznych, które Izba mogłaby poddać ocenie w tym przedmiocie, ograniczając się do kilku zdań dotyczących konieczności udostępnienia jakiś nieokreślonych danych z zastrzeżonych dokumentów, co jest sprzeczne z żądaniem z *petitum* odwołania. Natomiast, aby postawić zarzut dotyczący konieczności zastosowania minimalizacji danych objętych poufnością – wymagając udostępnienia informacji, które tajemnicy wprost nie ujawniają, ale pozwoliłyby odwołującemu na dokonanie weryfikacji oferty konkurencji – nie można ograniczyć się do stwierdzenia, że nie można utajniać całych dokumentów. Treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodność działania zamawiającego z ustawą p.z.p., co oznacza, że Izba nie może samodzielnie podejmować decyzji w kierunku ewentualnego naprawienia działań i zaniechań zamawiającego. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a zakres rozpoznania odwołania wyznaczają okoliczności wskazane w odwołaniu. Zaś tam, gdzie w odwołaniu wskazano, które dane z zastrzeżonych dokumentów zamawiający powinien odwołującemu udostępnić (pozycje wyceny, nazwa i ilość licencji) odwołujący wprost wymagał udostępnienia mu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Konkludując, Izba stwierdziła, że zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, że zastrzeżone informacje przystępującego stanowią tajemnicę określoną w art. 11 ust. 2 z.n.k., ponieważ dane te stanowią *know-how,* dotyczą organizacji przedsiębiorstwa przystępującego i posiadają wymierną 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 przetargach, zaś ujawnienie ich powodowałoby szkodę. Ponadto, przystępujący podjął działania w celu zachowania tych informacji w poufności, co udowodniono dokumentami załączonymi do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. Wykazano zatem, że w tym wypadku znajdzie zastosowanie wyjątek od zasady jawności postępowania określony w art. 18 ust. 3 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 zd. 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia 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). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Przewodniczący:

……