

Sygn. akt: KIO 1411/23

WYROK
z dnia 1 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **R-SOFT SERWIS sp. z o.o. w Lublinie** oraz **R-SOFT STUDIO sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Państwowego Szpitala dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Rybniku**

przy udziale wykonawcy **INFOCOMP sp. z o.o. w Toruniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny wykonawcy **INFOCOMP sp. z o.o. w Toruniu** z dnia 25 kwietnia 2023 r.,
2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Państwowego Szpitala dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Rybniku**:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **R-SOFT SERWIS sp. z o.o. w Lublinie** oraz **R-SOFT STUDIO sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Państwowego Szpitala dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Rybniku** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **R-SOFT SERWIS sp. z o.o. w Lublinie** oraz **R-SOFT STUDIO sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:.....

Sygn. akt: KIO 1411/23

Uzasadnienie

SP ZOZ Państwowego Szpitala dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Rybniku, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „Rozwój e usług dla SPZOZ Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Rybniku”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 marca 2023 r., nr 2023/S 053-157037.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 19 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **R-SOFT SERWIS sp. z o.o. w Lublinie** oraz **R-SOFT STUDIO sp. z o.o. w Warszawie**, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 – 3 Pzp przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp przepisów, tj.:

1. art. 18 ust. 3 Pzp przez niezasadne zastosowanie tego przepisu polegające na zaniechaniu ujawnienia informacji zastrzeżonych przez **INFOCOMP** jako tajemnica przedsiębiorstwa w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 25 kwietnia 2023 r. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co doprowadziło do uniemożliwienia zapoznania się przez pozostałych wykonawców z istotnymi informacjami dotyczącymi kalkulacji ceny ofertowej **INFOCOMP** i do uniemożliwienia kontroli prawidłowości decyzji Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty **INFOCOMP** z powodu rażąco niskiej ceny,

2. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu, o którym mowa w punkcie 1 powyżej lub w przypadku uwzględnienia tego zarzutu przez Zamawiającego – art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp poprzez niewłaściwe zaniechanie zastosowania tych przepisów polegające na nieuzasadnionym stwierdzeniu, że oferta złożona przez INFOCOMP w części 2 postępowania nie zawiera rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy analiza wyjaśnień złożonych przez INFOCOMP prowadzi do wniosku o tym, że zaoferowana została rażąco niska cena, względnie – poprzez zaniechanie wezwania INFOCOMP do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty INFOCOMP jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie części 2,
- 2) ujawnienia informacji zastrzeżonych przez INFOCOMP jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert w części 2 Postępowania,
- 4) odrzucenia oferty INFOCOMP w części 2 postępowania,
- 5) i w konsekwencji wyboru swej oferty jako najkorzystniejszej w części 2 postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest rozwój e-usług dla SPZOZ Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Rybniku. Zamawiający dokonał podziału zamówienia na dwie części:

- 1) część 1 – Oprogramowanie na potrzeby uruchomienia e-usług,
- 2) część 2 - Elektroniczny Obieg Dokumentów.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z protokołu z postępowania, wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego w ramach części 2 na kwotę 190 325,00 zł. Wskazał, że w ramach części 2 postępowania złożono dwie oferty. Jednym z kryteriów oceny ofert była cena. Waga tego kryterium wynosiła 60%. Odwołujący wskazał, że zarówno on, jak i INFOCOMP złożyli ofertę w postępowaniu w części 2. Oferta złożona przez INFOCOMP (cena – 109 332,24 zł brutto) została sklasyfikowana na pierwszej pozycji, natomiast oferta złożona przez niego (cena – 183 270,00 zł brutto) została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert. Odwołujący wskazał, że zaoferowana przez INFOCOMP cena była znacząco niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług – o ponad 53%. W świetle powyższego Zamawiający wezwał dnia 21 kwietnia 2023 r. INFOCOMP do udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. W treści wezwania Zamawiający wyjaśnił, że wyjaśnienia mogą dotyczyć elementów, o których mowa w art. 224 ust. 3 Pzp, a INFOCOMP powinien uzasadnić, jakie czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że *„dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakiegokolwiek wyjaśnienia, lecz wyjaśnienia odpowiednio umotywowanego przekonującego, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny”*.

Kolejno odwołujący wskazał, że w odpowiedzi INFOCOMP złożył stosowne wyjaśnienia dnia 25 kwietnia 2023 r. INFOCOMP zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa niemalże całość wyjaśnień (łącznie z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). Odwołujący podniósł, że 9 maja 2023 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z wszystkimi załącznikami. Zamawiający dnia 12 maja 2023 r. udostępnił mu protokół postępowania, jednakże bez wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2023 r. złożonych przez INFOCOMP. Odwołujący wskazał, że 14 maja 2023 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2023 r., wskazując, że *„nieudostępnienie przez Zamawiającego wszystkich załączników do protokołu z postępowania uniemożliwiają wykonawcy odtworzenia przebiegu wyboru oferty firmy INFOCOMP Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej tym samym uniemożliwia skutecznej obrony własnych interesów”*. Wobec braku reakcji Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że 16 maja 2023 r. ponowił wniosek o udostępnienie wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2023 r. złożonych przez INFOCOMP. Zamawiający dnia 16 maja 2023 r. przekazał jedynie część informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 25 kwietnia 2023 r. Wobec powyższego odwołujący podniósł, że 16 maja 2023 r. wniósł o bezzwłoczne udostępnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez INFOCOMP, o którym Zamawiający wspominał w korespondencji. Odwołujący wskazał, że 17 maja 2023 r. Zamawiający udostępnił mu dalszą część wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2023 r., tym razem z uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie Zamawiający aż do dnia złożenia odwołania nie udostępnił mu pełnej treści wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2023 r., pomimo że INFOCOMP nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Udostępniony dokument został zmodyfikowany przez samego Zamawiającego. Zdaniem odwołującego przekazana część wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2023 r. zawiera informacje dotyczą wyłącznie zestawienia elementów składowych ceny oferty. Nie obejmuje natomiast jakichkolwiek szczegółowych informacji.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, INFOCOMP twierdzi, że wyjaśnienia zawierają informacje organizacyjne przedsiębiorstwa i posiadają dla niego wartość gospodarczą. INFOCOMP zaznaczył, że informacje nie są powszechnie znane i dotyczą spraw organizacyjnych oraz handlowych

INFOCOMP, sposobu kalkulacji ceny w ramach działalności gospodarczej. INFOCOMP stwierdził, że *informacje te należy traktować jako tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż posiadają one określoną wartość gospodarczą*, a także, że: *„Ich ujawnienie może zatem działać na niekorzyść naszej Spółki i spowodować wystąpienie po naszej stronie szkody”*. Odwołujący wskazał także, że INFOCOMP przywołał także fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2021 r., wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO 576/21. Jest to zasadniczo całość uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp odwołujący podniósł, że INFOCOMP, przedkładając wyjaśnienia dnia 25 kwietnia 2023 r., zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkie istotne informacje zawarte w tych wyjaśnieniach. Jedyne jawne elementy wyjaśnień to zestawienie elementów składowych ceny oferty oraz uzasadnienie zastrzeżenia (po ujawnieniu ich przez Zamawiającego dnia 17 maja 2023 r.). Zdaniem odwołującego przekazane mu informacje nie obejmują natomiast treści wyjaśnień odnoszącej się do sposobu obliczenia ceny przez INFOCOMP. Odwołujący uważał, że nie ma zatem informacji o tym, jak INFOCOMP skalkulował cenę, jakie elementy zostały przez tego wykonawcę wycenione, czy wyjaśnienia z 25 kwietnia 2023 r. są kompletne, rzetelne i spójne, czy INFOCOMP przedłożył jakiegokolwiek dowody do złożonych wyjaśnień, a także czy uwzględnił w przedłożonych wyjaśnieniach wszystkie istotne elementy, do których został zobowiązany, w szczególności czy czynniki powodujące obniżenie ceny oraz stopień obniżenia, do czego został zobowiązany przez Zamawiającego.

Odwołujący argumentował, że nie jest zatem w posiadaniu jakichkolwiek istotnych informacji w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 25 kwietnia 2023 r. Zdaniem odwołującego Zamawiający zaniechał udostępnienia jemu tych informacji, pomimo że INFOCOMP nie wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 t.j.). Odwołujący podkreślał, że ustanowiona w art. 18 ust. 1 Pzp zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi jedną z naczelnych zasad prowadzenia tego postępowania. Zamawiający może odstąpić od jej stosowania jedynie w wypadkach przewidzianych w przepisach Pzp. Jednym z odstępstw od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest sytuacja określona w art. 18 ust. 3 Pzp, w której wykonawca przekazuje informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla skuteczności zastosowania tego odstępstwa wymagane jest, aby wykonawca zastrzegł te informacje i dodatkowo, aby wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Według odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez INFOCOMP jest lakoniczne, ogólnikowe, gołosłowne i niedostosowane do konkretnego Postępowania i przedmiotu zamówienia. Nadto INFOCOMP nie wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – nie przedłożył żadnego dowodu w tym zakresie. W konsekwencji Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał udostępnienia mu tych informacji. Zdaniem odwołującego, przedmiotowe zaniechanie Zamawiającego ma o tyle istotne znaczenie, że uniemożliwia mu weryfikację prawidłowości decyzji Zamawiającego o prawidłowości zaniechania odrzucenia oferty INFOCOMP z powodu rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy cena zaoferowana przez INFOCOMP jest niższa o ponad 53% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Wszystkie wyliczenia zostały zawarte w niejawnej części wyjaśnień, z którymi on nie mógł się zapoznać. Dokonane zastrzeżenie uniemożliwia zatem weryfikację prawidłowości kalkulacji ceny INFOCOMP.

Zdaniem odwołującego zastrzeżenie zostało poczynione wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów prawidłowości wyliczeń ceny ofertowej. O prawidłowości takiego wniosku świadczy sama treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa – INFOCOMP nie podjął nawet próby wykazania, dlaczego zastrzeżone informacje powinny zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. INFOCOMP ograniczył się do stwierdzenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż posiadają bliżej nieokreśloną wartość gospodarczą. Według odwołującego nie jest to wystarczające dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sama w sobie okoliczność przedstawienia takiego ogólnikowego i lakonicznego uzasadnienia bez załączenia jakichkolwiek dowodów stanowi także o niespełnieniu przesłanki podjęcia z należytą starannością działań w celu utrzymania informacji w poufności, co uniemożliwia uznanie zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zaznaczał, że zgodnie z treścią punktu 13.9. SWZ dla Postępowania: *Zamawiający nie ujawni informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa*. Poza samymi wymogami ustawowymi Zamawiający ustanowił zatem dodatkowo w treści SWZ konieczność wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Pomimo takiego zapisu INFOCOMP nie wykazał, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a Zamawiający zaniechał przekazania mu tych informacji.

Według odwołującego, w świetle powyższego, Zamawiający naruszył art. 18 ust. 3 Pzp, gdyż zaniechał ujawnienia

informacji zastrzeżonych przez INFOCOMP jako tajemnicy przedsiębiorstwa pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 25 kwietnia 2023 r., pomimo że wykonawca ten nie podjął nawet próby wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter ogólnikowy, lakoniczny, gołosłowny i nie jest poparte jakimikolwiek dowodami. Wykonawca nie wykazał w szczególności wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, a także nie wykazał, że zastrzegane informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Zdaniem odwołującego zastrzeżenie informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny miały na celu jedynie uniemożliwienie weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej INFOCOMP. Nieujawnienie tych informacji przez Zamawiającego uniemożliwia mu dokonanie oceny prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty, co świadczy o wpływie naruszenia na wynik postępowania. Zdaniem odwołującego zasadne jest zatem nakazanie Zamawiającemu ujawnienia w całości dokumentów wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2023 r., gdyż nie doszło do wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu ewentualnego zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp odwołujący wskazał, że zaoferowana przez INFOCOMP cena była znacząco niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług – o ponad 53%. W postępowaniu zaistniała zatem obowiązkowa podstawa do badania rażąco niskiej ceny, o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, a po stronie INFOCOMP powstało domniemanie, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Zdaniem odwołującego pierwotne uchybienie Zamawiającego polegało na zaniechaniu ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez INFOCOMP. Odwołujący podniósł, że przedmiotowe zaniechanie uniemożliwia mu dokonanie oceny prawidłowości wyboru oferty INFOCOMP jako najkorzystniejszej. Wobec braku wiedzy odnośnie informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy z dnia 25 kwietnia 2023 r., odwołujący argumentował, że musi opierać swoją argumentację na przypuszczeniach, oczekując ich weryfikacji przez Krajową Izbę Odwoławczą, która posiada pełny wgląd do dokumentacji postępowania, w tym pełnej treści wyjaśnień Wykonawcy. Odwołujący wnosił więc o dokonanie przez Izbę oceny, czy informacje zawarte w piśmie z dnia 25 kwietnia 2023 r., pozwalają na stwierdzenie, że cena zaoferowana przez Wykonawcę nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo tego, że znacząco odbiega od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, a także kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – w przypadku, gdyby Izba uznała, że INFOCOMP dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący z ostrożności podnosił także, że przedłożone wyjaśnienia wraz z dowodami powinny co najmniej doprowadzić do powstania po stronie Zamawiającego wątpliwości co do rynkowego charakteru zaoferowanej ceny. Zamawiający zaniechał natomiast dodatkowego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czym naruszył także art. 224 ust. 1 Pzp.

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

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca INFOCOMP sp. z o.o. w Toruniu. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego kierowane do przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny, wyjaśnienia przystępującego co do ceny, wnioski odwołującego o udostępnienie załączników do protokołu, odpowiedzi zamawiającego na ww. wnioski, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

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

Stosownie do art. 18 ustawy Pzp:

1. *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*
2. *Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.*
3. *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), 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.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

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

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

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

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

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

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

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

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

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

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

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

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

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

Art. 226 ust. 1 stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli:

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

Art. 239 ustawy Pzp stanowi, że:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest rozwój e usług dla SPZOZ Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Rybniku.

W pkt 4.3. SWZ zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części:

1) część 1 – oprogramowanie na potrzeby uruchomienia e-usług,

2) część 2 – Elektroniczny Obieg Dokumentów.

Ustalono także, że w pkt 13.9 SWZ zamawiający zastrzegł:

13.9. Wykonawca w ofercie może zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie ujawni informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca w szczególności nie może zastrzec w ofercie informacji:

- 1) odczytywanych podczas otwarcia ofert,
- 2) które są jawne na mocy odrębnych przepisów,
- 3) ceny jednostkowej stanowiącej podstawę wyliczenia ceny oferty.

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego swą ofertę w zakresie części 2 zamówienia złożyli:

- a) przystępujący z ceną brutto 109.332,24 zł,
- b) odwołujący z ceną brutto 183.270,00 zł.

Ustalono także, że zamawiający ustalił wartość zamówienia bez podatku VAT na kwotę z podziałem na części:

- 1) 872 800,00 zł, co stanowi równowartość 195 976,28 euro
- 2) 190 325,00 zł, co stanowi równowartość 42 735,09 euro

(por. pkt 3 protokołu postępowania, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 21 kwietnia 2023 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w Części 2, ponieważ cena całkowita oferty (109 332,24 PLN brutto) złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (234 099,75 PLN brutto). W ww. wezwaniu zamawiający wskazał, co następuje:

Wyjaśnienia, o których mowa powyżej, mogą dotyczyć, zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw;
- 3) oryginalności dostaw oferowanych przez Wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Wykonawca, składając wyjaśnienie w ww. sprawie, powinien uzasadnić, jakie czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona.

Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakiegokolwiek wyjaśnienia, lecz wyjaśnienia odpowiednio umotywowanego przekonującego, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. (por. ww. wezwanie na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono kolejno, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył zamawiającemu wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 25 kwietnia 2023 r. Przystępujący zastrzegł, że zaznaczona przez niego część stanowi jego tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący wskazał, co następuje:

Wykonawca oświadcza, że niniejsze Wyjaśnienia zawierają informacje organizacyjne przedsiębiorstwa i posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą.

Zwracamy uwagę, że wyjaśnienia niniejsze zawierają:

Poufne

1. szczegółowy opis sposobu obliczenia ceny oferty,
2. stawki zastosowane przez Wykonawcę dla obliczenia ceny,
3. analizę przedmiotu zamówienia, w kontekście wskazania szacowania pracochłonności,
4. wskazanie przesłanek umożliwiających skalkulowanie ceny na podanym w ofercie poziomie.

Jednocześnie zastrzegamy, iż zawarte w niniejszym piśmie informacje nie są powszechnie znane i dotyczą spraw organizacyjnych oraz handlowych naszej Spółki, sposobu kalkulacji ceny w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Informacje te traktować należy jako tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż posiadają one określoną wartość gospodarczą. Ich ujawnienie może zatem działać na niekorzyść naszej Spółki i spowodować wystąpienie po naszej stronie szkody.

Wobec tego zastrzegamy, że niniejsze wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2021 r., o sygn. akt KIO 576/21:

„Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, nakłada na zamawiającego obowiązek utajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako poufne, jeżeli wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać, że podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują zakresu lub rodzaju środków, do których przedsięwzięcia zobligowany jest przedsiębiorca”.

(por. wyjaśnienia ceny przystępującego z dnia 25 kwietnia 2023 r. na nośniku elektronicznym przekazany przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że 9 maja 2023 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej (por. plik: ww. zawiadomienie, w aktach sprawy, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że w odpowiedzi na wniosek odwołującego o udostępnienie załączników do protokołu zamawiający odmówił udostępnienia odwołującemu tej części wyjaśnień ceny przystępującego, którą ten zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), 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. Dostrzec należy, że pierwotnie na gruncie poprzedniej ustawy Pzp z 2004 r. ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”.**

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

Przedmiotem oceny Izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez przystępującego informacji i dowodów prawidłowo ustalił, że przystępujący wykazał, iż rzeczywiście tajemnicę jego przedsiębiorstwa stanowią informacje w podanych wyjaśnieniach ceny. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

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

- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

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

Zasadny okazał się zarzut nr 1 odwołania, to jest zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niezasadne zastosowanie tego przepisu polegające na zaniechaniu ujawnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 25 kwietnia 2023 r. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzone przez przystępującego przy piśmie z dnia 25 kwietnia 2023 r. świadczyło o tym, że wykonawca ten nie udźwignął ciężaru wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Analiza sporządzonego przez przystępującego uzasadnienia prowadziła do wniosku, że brakowało w nim omówienia i wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ich unikalności, a także podjęcia działań celem zachowania ich w poufności i wreszcie braku dostępności w przestrzeni publicznej.

Jeśli chodzi o wartość gospodarczą zastrzeganych informacji to przystępujący nie udźwignął ciężaru nie tylko wykazania, ale nawet wyjaśnienia w czym upatruje wartości gospodarczej poszczególnych kategorii informacji zastrzeganych w części opisowej wyjaśnień. Dla wykazania nie wystarcza ogólne, gołostowne zadeklarowanie, że dana informacja posiada wartość gospodarczą, ale okoliczność tę należy szczegółowo wyjaśnić. W analizowanej sprawie przystępujący jedynie zadeklarował ogólnie i lakonicznie, że bliżej niesprecyzowane informacje mają dla niego wartość gospodarczą ale nie wyjaśnił dlaczego. Dostrzeżenia wymagało, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa składało się dosłownie z kilku ogólnych zdań.

Wykonawca oświadcza, że niniejsze Wyjaśnienia zawierają informacje organizacyjne przedsiębiorstwa i posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą. Zwracamy uwagę, że wyjaśnienia niniejsze zawierają:

Poufne

1. szczegółowy opis sposobu obliczenia ceny oferty,
2. stawki zastosowane przez Wykonawcę dla obliczenia ceny,
3. analizę przedmiotu zamówienia, w kontekście wskazania szacowania pracochłonności,
4. wskazanie przesłanek umożliwiających skalkulowanie ceny na podanym w ofercie poziomie.

Jednocześnie zastrzegamy, iż zawarte w niniejszym piśmie informacje nie są powszechnie znane i dotyczą spraw organizacyjnych oraz handlowych naszej Spółki, sposobu kalkulacji ceny w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Informacje te traktować należy jako tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż posiadają one określoną wartość gospodarczą. Ich ujawnienie może zatem działać na niekorzyść naszej Spółki i spowodować wystąpienie po naszej stronie szkody.

Zdaniem Izby przystępujący nie sprostął nie tylko konieczności wykazania ale nawet choćby opisania, z czego wnosi, że przyjęty przez niego sposób kalkulowania jest z jakichś względów unikalny, wyjątkowy, niespotykany i niedostępny innym wykonawcom. W analizowanym uzasadnieniu znalazły się jedynie gołostowne, ogólne deklaracje o unikalności kalkulacji, z nieznanymi względów. Pomimo przeanalizowania uzasadnienia nie sposób było ustalić, na czym

miałoby polegać know-how przystępującego przy kalkulowaniu, niedostępne innym wykonawcom. Przystępujący nie wykazał przykładowo, że może korzystać z dobrodziejstwa niespotykanych na rynku, konkurencyjnych stawek wynagrodzeń specjalistów, albo, że przyjęte przez niego pracochłonności usług (np. liczby etatów) są niespotykane bo możliwość obniżenia pracochłonności wynikała z jakichś unikalnych, nieznanych innym konkurentom rozwiązań. Przystępujący nie wykazał także, że przyjęte stawki kosztów są mniejsze z uwagi na jakieś unikalne rozwiązania, niedostępne na rynku, albo, że jest w posiadaniu jakiejś konkurencyjnej oferty swojego dostawcy czy usługodawcy, którą zamierza zastosować w trakcie świadczenia usługi na rzecz zamawiającego, a do której udało mu się dotrzeć.

Znamiennym w sprawie było także to, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie starał się rozszerzać uzasadnienie czynności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa o powody, które sam przystępujący nie wskazał jako motywy poczynionego zastrzeżenia. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał przykładowo, że inni przedstawiciele branży informatycznej, poznając kalkulację przystępującego, mogliby podkupywać jego pracowników. Dostrzeżenia wymagało, że przystępujący w sporządzonym przez siebie uzasadnieniu nie wskazywał na tę okoliczność. Z powyższego wynikało, że zamawiający podejmował decyzję o uznaniu skuteczności zastrzeżenia także częściowo w oparciu o informacje i dane, które nie wynikały z uzasadnienia sporządzonego przez przystępującego.

W dalszej kolejności podkreślenia wymagało, że uzasadnienie zastrzeżenia nie tylko okazało się lakoniczne i nic nie wnosiło do sprawy, ale także pozostało gołostowne. Na poparcie swych twierdzeń przystępujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów. Z art. 18 ust. 3 Pzp wynika konieczność wykazania skuteczności zastrzeżenia. Za wykazanie nie można było żadną miarą uznać kilku ogólnych, lakonicznych i gołostownych zdań.

Zdaniem Izby przystępujący nie przedstawił także wyjaśnień i dowodów, które potwierdzałyby, że podjął jakiegokolwiek działania celem zachowania danych w poufności. Co więcej, przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia nawet nie twierdził, że takie działania podjął. Nie tylko nie przedstawiono, ale nawet nie wspomniano o żadnych obowiązujących w firmie politykach bezpieczeństwa, regulaminach, listach osób mających dostęp do poufnych danych, umowach o zakazie konkurencji, umowach o zachowaniu w poufności, oświadczeniach ewentualnych kontrahentów o obowiązku zachowania danych i informacji kontrahentów w poufności. Taką próbę i to szczątkowo przystępujący podjął dopiero w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego i załączonych tam wnioskach dowodowych. Jednakże, jak wynikało wyraźnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, wykazanie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a więc również, jakie działania się podjęło celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności, powinno nastąpić z momentem przekazywania takich informacji zamawiającemu. Próby uczynienia tego na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą należało uznać za spóźnione. Zamawiający podejmując zaskarżoną w odwołaniu czynność polegającą na uznaniu skuteczności zastrzeżenia nie był w posiadaniu informacji przedstawionych przez wykonawcę w zgłoszeniu przystąpienia.

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

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w materiale dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy.

Izba nie rozpoznawała zarzutu nr 2 odwołania. Odwołujący wskazał bowiem w odwołaniu, że zarzut ten ma jedynie charakter ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1 odwołania. Wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1, Izba nie orzekała zatem w przedmiocie zarzutu nr 2 odwołania.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało

przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający – z naruszeniem art. 18 ust. 1 i art. 18 ust. 3 ustawy Pzp – zaniechał czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny przystępującego. Analiza tych wyjaśnień może zaś umożliwić innym wykonawcom skorzystanie ze środków ochrony prawnej wobec czynności oceny przez zamawiającego tych wyjaśnień ceny.

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

a) *nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*

b) *nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*

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

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 zamówienia, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny przystępującego z dnia 25 kwietnia 2023 r.

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

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

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

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....