Sygn. akt: KIO 2602/23

WYROK

z dnia 25 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Marek Bienias

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2023 r. przez wykonawcę **Stowarzyszenie SWI z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiatowy Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Starachowicach,**
przy udziale wykonawcy **ENTRAST sp. z o.oz siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odnośnie wyboru najkorzystniej oferty oraz zarzut nr 4 i nakazuje Zamawiającemu:
   a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
   b) odtajnienie treści oferty wykonawcy ENTRAST sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie informacji/dokumentów objętych jakościowymi kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach kryterium „Doświadczenie" oraz kryterium „Dysponowanie specjalistami",
   c) odtajnienie dokumentów wykonawcy ENTRAST sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
   d) odtajnienie wyjaśnień wykonawcy ENTRAST sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie ceny zaoferowanej w ofercie,
   e) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 1/2 i Zamawiającego w części 1/2 i:
   3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
   3.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - 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.**

Przewodniczący:……...……...

Sygn. akt: KIO 2602/23

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

Zamawiający – Powiatowy Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Starachowicach – prowadzipostępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, pn. „*Świadczenie usług Inżyniera Kontraktu związanych z realizacją projektów w ramach Programu InPlaMed II*"dla Powiatowego Zakładu Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Starachowicach, nr postepowania P/34/07/2023/IK". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP00342398/01 z dnia 2023-08-07.
W dniu 4 września 2023 r. wykonawca Stowarzyszenie SWI z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na:
1. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty ENTRAST Sp. z o.o., ul. Dzielna 60, 01-029
Warszawa NIP: PL 5272887675 (dalej także Wykonawca), mimo że:
1) Wykonawca nie złożył oferty najkorzystniejszej w świetle ustanowionych kryteriów oceny
ofert,
2) Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3) oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę;
2. zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo, iż oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej;
3. zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
4. zaniechania uznania za nieskuteczne poczynione przez Wykonawcę zastrzeżenie informacji jako stanowiących

tajemnicę przedsiębiorstwa:
- treści oferty w zakresie informacji/dokumentów objętych jakościowymi kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu,
- wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
w zakresie w jakim zostały one zastrzeżone niezgodnie z przepisami prawa.
Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:
1. art. 239 ust 1 ustawy Pzp oraz 16 pkt 2 oraz art. 18 ust 1 poprzez nieuprawnione przyznanie ofercie Wykonawcy punktów niezgodnie z zasadami opisanymi w dokumentacji zamówienia, co spowodowało dokonanie wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert;
2. art. 226 ust 1 pkt 2 lit b oraz art. 16 pkt 2 oraz art. 18 ust 1 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, a zamiast tego dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 226 ust 1 pkt 8 oraz art. 16 pkt 2 oraz art. 18 ust 1 w związku z art. 224 ust 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy jako zawierającą rażąco niską cenę, a zamiast tego dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej;
4. art. 16 ust 2 w związku z art. 18 ust 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 74 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieprzeprowadzenie lub błędne przeprowadzenie oceny skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji wskazanych poniżej oraz utajnienie ich w całości, a w konsekwencji odmowę udostępnienia Odwołującemu:
1) treści oferty w zakresie informacji/dokumentów objętych jakościowymi kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej, w konsekwencji odmowę udostępnienia Odwołującemu dokumentów potwierdzających uzyskanie przez Wykonawcę wskazanych w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej liczby punktów w kryterium „*Doświadczenie*" oraz w kryterium „*Dysponowanie specjalistami*",
2) dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w konsekwencji odmowę udostępnienia Odwołującemu dokumentów potwierdzających ich spełnienie,
3) wyjaśnień Wykonawcy w zakresie ceny zaoferowanej w ofercie, co w konsekwencji skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu.
Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:
1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
a także o:
3. unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej,
4. odrzucenie oferty Wykonawcy jako złożonej przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, oraz której cena jest rażąco niska,
5. uznanie za nieskuteczne poczynione przez Wykonawcę zastrzeżenie informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i przekazanie Odwołującemu następujących informacji i dokumentów:
a) treści oferty w zakresie informacji/dokumentów objętych jakościowymi kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej, w konsekwencji odmowę udostępnienia Odwołującemu dokumentów potwierdzających uzyskanie przez Wykonawcę wskazanych w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej liczby punktów w kryterium „*Doświadczenie*" oraz w kryterium „*Dysponowanie specjalistami*",
b) dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wyjaśnień Wykonawcy w zakresie ceny zaoferowanej w ofercie,
6. dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu.
Odwołujący wskazał, że:
I. Stan faktyczny
W dniu 07.08.2023 r. Zamawiający wszczął postepowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie: art. 275 pkt 1 ustawy pn. „Świadczenie usług Inżyniera Kontraktu związanych z realizacją projektów w ramach Programu InPlaMed II"
dla Powiatowego Zakładu Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Starachowicach.

W dniu 29.08.2023 r. Zamawiający opublikował i przesłał Odwołującemu informację o wyborze oferty Wykonawcy jako najkorzystniej.

II. Ad. zarzut wskazany w pkt II ppkt 1 oraz ppkt 2

1. Zgodnie z Działem XIX SWZ - OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTER SPOSOBU OCENY OFERT pkt 1 ppkt 1.2 oraz 1.3 przy wyborze oferty, Zamawiający będzie kierował się następującym kryteriami i ich wagami:

1) Doświadczenie (Pd) – rozumiane jako doświadczenie osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia ponad doświadczenie wymagane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w DZIALE X pkt 2.4. ppkt 2) SWZ.

Doświadczenie wykazane w ramach potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (obligatoryjne), wskazane w DZIALE VIII pkt 2.4. ppkt 2) SWZ nie będzie podlegało punktacji – dla potrzeb przejrzystości kryterium projekty te wskazane zostały w opisie niniejszego kryterium jako projekty z ilością 0 pkt.

Waga kryterium: 25

Punkty w ramach tego kryterium zostaną przyznane ofercie, jeżeli Wykonawca wskaże w formularzu oferty, załącznik nr 1 do SWZ, że osoby wskazane do realizacji zamówienia (spełniające wymagania wskazane Dziale VIII w pkt 2.4. ppkt 2 lit a)-c)) mają dodatkowe doświadczenie ponad wymagane w ramach spełniania warunku udziału w postępowaniu (pkt 2.4. ppkt 2) lit. a)-c)), tj. że osoba przypisana do danej roli (z zastrzeżeniem, ze dana osoba nie może pełnić więcej niż 2 ról z wyłączeniem kierownika projektu, który może pełnić tylko jedną rolę) posiada doświadczenie:

a) Kierownik projektu w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję osoby kierującej projektem lub koordynującej pracę zespołu projektowego dla minimum dwóch projektów, które obejmowały zaprojektowanie, realizację i wdrożenie systemu informatycznego/ teleinformatycznego, przy czym wartość każdego projektu wynosiła nie mniej niż 5 mln zł brutto

- 2 projekty, o których mowa w pkt 2.4. ppkt 2) lit. a) SWZ – 0 punktów
- 3-4 projekty – 5 punktów
- 5 i więcej projektów – 10 punktów

b) Specjalista ds. zamówień publicznych, - doświadczenie w przygotowaniu i uczestniczeniu, w co najmniej dwóch postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego współfinansowanych ze środków unijnych

- 2 postępowania, o których mowa w pkt 6.2.4. ppkt 2) lit. b) SWZ – 0 punktów
- 3-4 postępowania – 5 punktów
- 5 i więcej postępowań – 10 punktów

c) Architekt systemów IT posiada minimum 5 letnie doświadczenie w zakresie wskazanym w pkt 6.2.4. lit. c) i zrealizował:

- 2 projekty, o których mowa w pkt 6.2.4. ppkt 2) lit. c) SWZ – 0 punktów
- 3 i więcej projektów – 5 punktów

Punkty przyznane w kryterium Doświadczenie (Pd) stanowią sumę punktów przyznaną za doświadczenie w poszczególnych rolach. Maksymalnie oferta Wykonawcy może uzyskać 25 punktów w ramach tego kryterium.

2) Dysponowanie specjalistami (Ps)

Waga kryterium: 15

Maksymalnie oferta Wykonawcy może uzyskać 15 punktów w ramach tego kryterium.

Punktacja, przyznana będzie wg następującego schematu:

a) Jeżeli Wykonawca będzie dysponował ekspertem ds. bezpieczeństwa cyfrowego i ochrony danych posiadającym minimum 3-letnie doświadczenie w pracy przy co najmniej 2 projektach systemu IT, z których co najmniej jeden był o finalnej wartości wdrożonego projektu nie mniejszej niż 3 mln zł brutto, na stanowisku eksperta ds. cyberbezpieczeństwa, posiadającym doświadczenie z zakresu gromadzenia, dokumentowania i wdrażania wymagań systemowych w obszarze rozwiązań IT oraz posiadający certyfikat Certyfikat audytora wiodącego systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji według normy PN-EN ISO/IEC 27001 , to Wykonawca otrzyma 10 pkt.

b) Jeżeli Wykonawca będzie dysponował ekspertem ds. finansowych posiadającym doświadczenie w zakresie przygotowania dokumentacji ekonomiczno-finansowej, wynikające z pełnienia funkcji specjalisty ds. finansowych przy realizacji w co najmniej 2 projektach teleinformatycznych współfinansowanych ze środków publicznych, przy czym wartość każdego projektu musi wynosić, co najmniej 3 mln PLN brutto, to Wykonawca otrzyma 5 pkt. Zamawiający dokona oceny oferty w tym kryterium na podstawie oświadczenia Wykonawcy złożonego w formularzu oferty (Załącznik nr 1 do SWZ).

2. Zgodnie z Działem VIII SWZ - WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU pkt 1 ppkt 2.4 Zdolności technicznej zawodowej, Zamawiający wskazał na konieczność wykazania się przez wykonawców następującym doświadczeniem:

1) w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonaniem z należytą starannością, co najmniej:
a) trzy usługi, każda polegająca na świadczeniu usługi Inżyniera Kontraktu realizowane w trzech odrębnych projektach o łącznej wartości tych projektów co najmniej 12 mln PLN, w tym:
- co najmniej dwie usługi dotyczyły realizacji usługi Inżyniera Kontraktu w dwóch odrębnych projektach o łącznej wartości tych projektów min. 5 mln zł;
- co najmniej jedna usługa dotyczyła realizacji usługi Inżyniera Kontraktu w jednostce ochrony zdrowia;
- każdy z projektów obejmował wdrożenie e-usług.
b) co najmniej dwie usługi, której przedmiotem było przeprowadzenie analizy potrzeb i wymagań Zamawiającego w tym:
- co najmniej jedna usługa dotyczyła przeprowadzenia analizy w projekcie o wartości min. 10 mln zł;
- co najmniej jedna usługa dotyczyła przeprowadzenia analizy w projekcie, który w swoim zakresie zawierał system oparty o rozwiązania IoT w tym urządzenia do zarządzania i monitorowania zużyciem mediów.
c) co najmniej jedna usługa, obejmująca przeprowadzenie analizy wymagań funkcjonalnych i opisu przedmiotu zamówienia dla systemu klasy ERP oraz
2) że dysponuje lub będzie dysponował zespołem osób zdolnych do wykonania zamówienia, w skład którego wchodzić będzie co najmniej jeden ekspert przypisany do każdej z ról wymienionych poniżej, z zastrzeżeniem, że jedna osoba może zostać wskazana co najwyżej w dwóch pozycjach, z wyłączeniem roli Kierownika Projektu (Koordynatora Zespołu Wykonawcy), która nie może być łączona z innymi:
a) Kierownik Projektu (Koordynator Zespołu Wykonawcy)
Wymagania:
- posiadającym: certyfikat w zakresie zarządzania projektami na poziomie PRINCE2 Practitioner lub certyfikat nadawany przez International Project Managment Association (IPMA) na poziomie C lub certyfikat CPM (Certfied Project Manager) PMP Project Management Professional) CPM, PMI, PMP
- w ciągu ostatnich 5 (pięciu) latach przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję osoby kierującej projektem lub koordynującej pracę zespołu projektowego dla minimum dwóch projektów, które obejmowały zaprojektowanie, realizację i wdrożenie systemu informatycznego/ teleinformatycznego, przy czym wartość każdego projektu wynosiła nie mniej niż 5 mln zł brutto.
b) Specjalista ds. zamówień publicznych
Wymagania:
- osoba odpowiedzialna za prawidłowe przeprowadzenie postępowań przetargowych w tym przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, zgodnie z obowiązującym prawem polskim, wytycznymi Projektu oraz aktami wewnętrznie obowiązującymi u Zamawiającego
- posiada minimum 3 letnie doświadczenie w przygotowaniu postępowań przetargowych, w tym w ramach projektów współfinansowanych z funduszy unijnych,
- doświadczenie w przygotowaniu i uczestniczeniu, w co najmniej dwóch postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, współfinansowanych ze środków unijnych, których wartość była równa lub przekraczała progi unijne, z czego co najmniej jeden dotyczył zakupu systemu informatycznego lub sprzętu informatycznego dla podmiotu publicznego,
c) Architekt systemów IT
- minimum 5-letnie doświadczenie:
  - w zakresie przygotowywania architektury dla projektów, tak aby spełniały wymagania wydajności i bezpieczeństwa,
  - w zakresie rozumienia wymagań dotyczących projektów IT: środowisko sprzętowe, infrastruktura, oprogramowanie, dobór narzędzi i technologii,
  - w zakresie rozumienia celów biznesowych aplikacji, które będą wdrażane w ramach projektu,

Powyższe w ramach zrealizowanych co najmniej 2 (dwóch) projektów, przy czym wartość każdego projektu wynosiła nie mniej niż 5 mln zł brutto
3. Odwołujący w dniu 18.08.2023 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie
oferty złożonej w postępowaniu przez Wykonawcę.
Zgodnie z art. 74 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp, ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do udostępnienia ofert wraz z załącznikami niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. Celem wprowadzenia tego trzydniowego terminu było zapewnienie Zamawiającemu czasu na dokonanie czynności niezbędnych przed udostępnieniem ofert, w szczególności zweryfikowanie, czy oferta nie zawiera treści ustawowo
chronionych.
Zamawiający w dniu 21.08.2023 r., zatem z zachowaniem ww. terminu, udostępnił ofertę Wykonawcy jednak nie dochował nałożonego na niego obowiązku w zakresie weryfikacji prawidłowości i zasadności zastrzeżenia jako tajemnica

przedsiębiorstwa informacji podanych przez Wykonawcę ww. ofercie w zakresie jakościowych kryteriów oceny oferty, tj. informacji dotyczących kryteriów pn. „*Doświadczenie*" oraz „*Dysponowanie specjalistami*", informując Odwołującego iż cyt.: „*W związku z tym, że wykonawca Entrast Sp. z o.o. 01-029 Warszawa, ul. Dzielna 60, objął tajemnicą przedsiębiorstwa wykaz osób oraz wykaz usług (wykonanych lub wykonywanych), na ten moment jestem w stanie podać tylko (…)*" (dowód nr 1: wyciąg korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym).

W dniu 22.08.2023 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie części formularza ofertowego Wykonawcy, w którym znajdują się informacje pozwalające na ocenę oferty w zakresie kryteriów jakościowych (dowód nr 2: Wniosek o odtajnienie oferty z dnia 22.08.2023).

W dniu 29.08.2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż nie może odtajnić informacji oraz że zwróci się z wnioskiem do Wykonawcy o odtajnienie przedmiotowych informacji (dowód nr 3: odpowiedź z dnia 29.08.2023).

W tym miejscu wskazać należy, że ww. postępowanie Zamawiającego stoi w jawnej sprzeczności z obowiązkami nałożonymi na Zamawiającego przepisami ustawy Pzp, w tym w szczególności z obowiązkiem nałożonym na Zamawiającego art. 74 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp, oraz w sposób bezsprzeczny narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych ograniczając przejrzystość oraz jawność postępowania.

Podkreślić także należy, że takie zachowanie Zamawiającego zmierza w istocie do pozbawienia uczestników postepowania możliwości kontroli przebiegu postępowania oraz prawidłowości dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z zasadami przewidzianymi w SWZ. Informacje znajdujące się w zastrzeżonej części oferty stanowią podstawę do przyznania oceny ofercie, zaś ich zastrzeżenie w wielu przypadkach nie ma na celu ochrony cennych dla organizacji informacji lecz utrudnienie innym wykonawcom sprawdzenie ofert konkurencji.

Zakres informacji jakich Zamawiający wymagał podania w ofercie jest znikomy. Formularz ofertowy wymagał podania jedynie imienia i nazwiska osób wskazanych na określone przez Zamawiającego stanowiska oraz ilość zrealizowanych projektów z podaniem nazw tych projektów, wartości, terminu realizacji oraz podmiotów, na rzecz których te projekty były realizowane.

Należy wskazać, że w związku z treścią zarówno przyjętego w postępowaniu kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia, jak i warunku udziału w postępowaniu, należy przypuszczać, iż z dużym prawdopodobieństwem zamówienia referencyjne wykazane w Załączniku nr 9 wykazie osób zostały, przez osoby wskazane do realizacji zamówienia, wykonane dla zamawiających będących podmiotami publicznymi.

Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie można co do zasady uznać informacji dotyczącej umów zawartych z jednostkami sektora finansów publicznych, gdyż takie informacje objęte są zasadą jawności i dostępne w trybie dostępu do informacji publicznej.

Ponadto w złożonym przez Wykonawcę uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (przynajmniej w części w jakiej zostało ono przedstawione Odwołującemu) Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że informacje zawarte w formularzu oferty i w wykazie osób lub też sam wykaz winny być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazać należy, że w ofercie i wykazie osób zawarte są dane o doświadczeniu specjalistów wraz ze wskazaniem projektów w trakcie których doświadczenie zostało zdobyte.

W tym miejscu należy podnieść, że Odwołujący nie ma wiedzy, w którym momencie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało poprzez Wykonawcę złożone, tj. czy zostało złożone wraz z ofertą czy dopiero wraz z dokumentami składanymi na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bowiem Zamawiający na wniosek Odwołującego z dnia 18.08.2023 r. o udostępnienie oferty Wykonawcy, uzasadnienia tego nie udostępnił (dowód 1: wyciąg korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym). Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało Odwołującemu udostepnienie dopiero na wniosek z dnia 29.08.2023 r. o udostepnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami co, w sytuacji gdyby to uzasadnienie zostało złożone wraz z ofertą, stanowi jawne naruszenie art. 16 ustawy Pzp.

Powyższe prowadzi do następującego wniosku: brak jest możliwości weryfikacji czy Wykonawca zadośćuczynił obowiązkowi nałożonemu na niego art. 18 ust 3 ustawy Pzp, tj. czy w chwili przekazywania Zamawiającemu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (informacje zawarte w ofercie a dotyczące kryteriów jakościowych wyboru oferty najkorzystniej) wykazał, że te informacje taką tajemnicę stanowią.

Na marginesie należy dodać, że zapoznając się z treścią uzasadniania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący miał wrażenie, że nie dotyczy przedmiotowego postepowania.

Dla przykładu Wykonawca w treści uzasadnienia posługiwał się stwierdzeniami typu:

- cyt.: „*zasady ochrony informacji, które przyjęte przez konsorcjum dla realizacji niniejszego zamówienia*" str. 3 uzasadnienia – w sytuacji gdy Wykonawca złożył ofertę samodzielnie a nie w formie Konsorcjum, czy

- cyt.: „*Warto podkreślić, iż podjęliśmy działania niezbędne, do zachowania poufności informacji zawartych w Wyjaśnieniach*" str. 3 uzasadnienia – w sytuacji gdy uzasadnienie dotyczy wykazu osób i usług, czy także
- cyt.: „*Pracownicy muszą znać klasyfikację informacji spółki Polski Instytut Rozwoju, które tworzą i do których mają dostęp*" str. 4 uzasadnienia – w sytuacji gdy oferta złożona została przez Wykonawcę ENTRAST Sp. z o.o.
Podkreślić należy, że doświadczenie jakie posiadają określone osoby fizyczne, w realizacji jakich
projektów uczestniczyli, jest ich własną sprawą, podlegającą ich wyłącznej dyspozycji, pozostającą poza Wykonawcą. Dysponentem tej informacji jest zatem dana osoba, przy czym
sam fakt jego posiadania nie może być uznany za informację nieujawnioną do wiadomości innych osób skoro posiadacz określonego doświadczenia może się na nie powoływać.
Wykonawca nie wykazał w udostępnionym Odwołującemu uzasadnieniu, że osoby wskazane w w/w dokumentach w jakikolwiek sposób zastrzegły te informacje lub zobowiązały do tego Wykonawcę.
Wykonawca też w żaden sposób nie wykazał wartości organizacyjnej zastrzeżonych informacji.
W uzasadnieniu wskazał jedynie ogólnikowo:
„*Dodatkowo wskazujemy, że informacje zawarte w wykazie osób i wykazie usług mają charakter*
organizacyjny, opisują bowiem precyzyjnie sposób, w jaki sposób Wykonawca przygotował ofertę w oparciu o wieloletnie doświadczenie, dostępne zasoby i zdobywaną wiedzę. Informacje
zawarte w niniejszym piśmie opisują de facto sposób realizacji tego rodzaju przedsięwzięć przez naszą firmę, wynikające z analitycznego i organizacyjnego wysiłku podjętego przez spółkę".
Tymczasem sposób realizacji „*przedsięwzięcia*" jakie stanowi przedmiot zamówienia, określił szczegółowo Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający również wskazał sposób doboru odpowiedniej kadry wskazując na konkretnych specjalistów. Cała rola Wykonawcy polegała na dobraniu konkretnych osób „*wpisujących się*" w role i zadania narzucone przez Wykonawcę – nie sposób tej czynności Wykonawcy przypisać charakteru organizacyjnego opisującego sposób realizacji „*tego typu przedsięwzięć*". Nieprawidłowe działanie Zamawiającego wprost potwierdzone zostały utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, chociażby w:
- wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2019 r., sygn. akt: KIO 1317/19,
- wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt: KIO 2440/19,
- wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dnia 26 listopada 2018 r., sygn. akt: KIO 2319/18.
Brak możliwości zapoznania się Odwołującego z informacjami podanymi przez Wykonawcę w części oferty stanowiącej podstawę do przyznania punktów Jego ofercie pozwala ocenić i poddać w wątpliwość, czy wykazane przez Wykonawcę dla potrzeb kryteriów jakościowych informacje pozwalały Zamawiającemu przyznać Wykonawcy ilość punktów wskazaną w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29.08.2023 r., tj.: w kryterium „*Doświadczenie*" maksymalną ilość punktu 25 oraz w kryterium „*Dysponowanie specjalistami*"
– maksymalną ilość punktów 15.
W takiej sytuacji zaniechanie Zamawiającego pozwala skonstruować zarzut wskazany przez Odwołującego w pkt II pkt 1 niniejszego odwołania.
4. Odwołujący w dniu 29.08.2023 r. na podstawie art. 74 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 10 ust 1 w zw. z art. 1 ust 1, art. 2 ust. 1 oraz art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz załącznikami oraz wszelkiej korespondencji z Wykonawcą.
W odpowiedzi na ww. wnioski Zamawiający wyjaśnił, iż cyt.: „*dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, (…) zostały objęte klauzulą "tajemnicy przedsiębiorstwa" przez wykonawcę Entrast Sp. z o.o. 01-029 Warszawa, ul. Dzielna 60*" (dowód nr 4 Wydruk korespondencji z dnia 29.08.2023) – brak udostepnienia Odwołującemu uzasadnienia będące zaniechaniem Zamawiającego będzie przedmiotem dalszej części odwołania.
Jedną z naczelnych zasad w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności, co wynika wprost z dyspozycji art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Ograniczenie zasady jawności wynika z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który wskazuje, że „*Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 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. (…).*"
Informacje znajdujące się w dokumentach składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postepowaniu (wykaz usług oraz wykaz osób) stanowią podstawę do oceny, czy dany uczestnik postępowania wykazał ich spełnienie, zaś ich zastrzeżenie w wielu przypadkach nie ma na celu ochrony cennych dla organizacji informacji lecz utrudnienie innym wykonawcom sprawdzenie ofert konkurencji. Tym samym utajnienie tych informacji godzi w istotny sposób we wspomnianą zasadę jawności postępowania, a tym samym utrudnia pozostałym wykonawcom konkurowanie o zamówienie, uniemożliwiając im dokonanie oceny tych informacji, chociażby pod kątem spełniania wymagań

Zamawiającego. Z tego względu, wszystkie okoliczności, które przemawiać powinny za utajnieniem określonych informacji, w sposób szczegółowy powinny zostać przedstawiane przez wykonawcę, który ubiega się o rzeczone utajnienie w treści uzasadnienia, które należy złożyć wraz z oświadczeniem o objęciu informacji tajemnicą.
Biorąc pod uwagę lakoniczne uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie Załącznika nr 7 wykazu usług, nie można wymaganym w nich informacjom przyznać waloru poufności.
Na wstępnie warto wskazać, że z samej konstrukcji warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale VIII pkt 1 ppkt 2.4 SWZ, wynika, iż z dużym prawdopodobieństwem zamówienia referencyjne wykazane w Załączniku nr 7 wykazie usług, zostały wykonane dla zamawiających będących podmiotami publicznymi. Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie można co do zasady uznać informacji dotyczącej umów zawartych z jednostkami sektora finansów publicznych, gdyż takie informacje objęte są zasadą jawności i dostępne w trybie dostępu do informacji publicznej. Jeśli nawet usługi wskazane w wykazie dotyczyłyby projektów zrealizowanych dla podmiotów publicznych to w przekazanym Odwołującemu uzasadnieniu nie
wskazano dlaczego należałoby uznać te informacje za tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy wskazać, że informacje zamieszczone w wykazie obejmują wyłącznie dane o wartości, przedmiocie, dacie wykonania i odbiorcy zamówienia. W przedłożonych wyjaśnieniach nie zostało wskazane jaka jest wartość gospodarcza powyższych informacji, zestawionych łącznie lub indywidualnie. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób dane zamieszczone w wykazie mają istotne znaczenie z punktu widzenia organizacji przedsiębiorstwa. Sam fakt podania informacji o zrealizowanych Projektach i ich wartości nie może być uznany w analizowanym stanie faktycznym za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie zostało wykazane w jaki sposób informacje zamieszczone w wykazie mogą być wykorzystane przez konkurencję ze szkodą dla Wykonawcy. Wykonawca nawet nie wykazał, czy w jego przypadku takie praktyki miały kiedykolwiek miejsce. Informacje zawarte w wykazie usług nie zawierają żadnych konkretnych
informacji o sposobie, technologii wykonania zamówienia, użytych materiałach, które mogłoby być wykorzystane przez potencjalnych konkurentów. Wykonawca nie wskazał także jakichkolwiek dowodów, iż w jakikolwiek sposób został zobowiązany przez podmioty, na rzecz których realizowane były projekty do zachowania w tajemnicy samego faktu współpracy.
Z uwagi na powyższe, za wadliwe i sprzeczne art. 18 ust 1 i 3 ustawy Pzp należy uznać zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego treści Wykazu osób oraz Wykazu zamówień jako tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechanie udostępnienia Odwołującemu treści tych dokumentów.
Niezależnie od powyższego wskazać należy chociażby za wyrokiem KIO sygn. akt 1317/19 *„przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa*". Dodać jednocześnie należy, że praktyka zamówień publicznych wykazuje, iż uczestnicy postępowania, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wykaz zamówień, wykaz osób), w znacznej większości przypadków wykazują się zamówieniami i doświadczeniem osób, zrealizowanymi i zdobytymi na rynku publicznych jednostek, co z założenia dyskwalifikuje możliwością objęcia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.
Dodatkowo w odniesieniu do wykazu osób należy też wskazać, że zaniechanie jego odtajnienia chociażby w części dotyczącej nazw projektów osób skierowanych do wykonania zamówienia (bez odtajniania ich danych osobowych) narusza wspomniane wyżej przepisy, jak również i art. 11 ust. 2 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Brak możliwości zapoznania się Odwołującego z informacjami podanymi przez Wykonawcę w dokumentach składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postepowaniu pozwala poddać w wątpliwość, czy Wykonawca wykazał ich spełnienie.
W takiej sytuacji zaniechanie Zamawiającego pozwala skonstruować zarzut wskazany przez Odwołującego w pkt II pkt 2 niniejszego odwołania.

III. Ad. zarzut wskazany w pkt II ppkt 3

Odwołujący w dniu 29.08.2023 r. na podstawie art. 74 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 10 ust 1 w zw. z art. 1 ust 1, art. 2 ust. 1 oraz art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz załącznikami oraz wszelkiej korespondencji z Wykonawcą.
W odpowiedzi na ww. wnioski Zamawiający wyjaśnił, iż cyt.: *„(…) wyjaśnienie rażąco niskiej ceny zostały objęte klauzulą "tajemnicy przedsiębiorstwa" przez wykonawcę Entrast Sp. z o.o. 01-029 Warszawa, ul. Dzielna 60*" (dowód nr 4 Wydruk korespondencji z dnia 29.08.2023).
Odwołujący wskazuje, jak w uzasadnieniu powyżej dot. zarzutów określonych w pkt II ppkt 1 oraz ppkt 2, że trudno

Odwołującemu ocenić czy informacje zawarte w tych wyjaśnieniach mają
charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, oraz że informacje te 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, jak również, że podjęto w stosunku do tej informacji działania w celu utrzymania jej w poufności.
Brak możliwości zapoznania się z kalkulacją cenową oraz przyjętym przez Wykonawcę sposobem wyliczenia ceny oferty, nie daje Odwołującemu możliwości oceny czy Wykonawca zadośćuczynił obowiązkowi nałożonemu na niego art. 224 ust 5 ustawy Pzp i wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.
Analizując znane i udostępnione Odwołującemu fakty i dokumenty, wskazać należy:
1. Zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 21.08.2023 r. skierowanym do Wykonawcy, cena oferty Wykonawcy jest niższa o 48,22% do średniej arytmetycznej ofert niepodlegających odrzuceniu tj. kwoty 311 190,00 zł, oraz o 32,82% od wartości szacunkowej zamówienia, tj. kwoty 239 850,00 zł.
Z otrzymanego przez Odwołującego protokołu postępowania (pkt 3 protokołu) wynika, że wartość szacunkowa dla przedmiotowego zamówienia wynosi 395 000 zł netto. Jak podano wyżej, w wezwaniu z dnia 21.08.2023 r. Zamawiający wskazał wartość szacunkową zamówienia mniejszą, tj. kwotę 239 850,00 PLN, przy czym nie wskazał, czy posługuje się wartością szacunkową powiększoną o należny podatek od towarów i usług czy wartością szacunkową w rozumieniu art. 28 ustawy Pzp.
Dodatkowo wskazać należy, że oprócz wskazanej w wezwaniu Zamawiającego z dnia 21.08.2023 r. wartości zamówienia na poziomie 239 850,00 PLN, Zamawiający w pkt 4.2.9 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że sama maksymalna wartość opcji wynosi 246 000,00 zł brutto a więc więcej niż szacunkowa wartość zamówienia wskazana w piśmie wzywającym Wykonawcę do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zgodnie zaś z art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, wartość zamówienia uwzględnia największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji.
Ponadto wskazać należy, że zgodnie z zapisami SWZ (Dział XIX pkt 1.1 SWZ) ocenie podlegała
cena całego zamówienia obejmującego zamówienie podstawowe oraz zamówienie realizowane
w ramach prawa opcji.
Oznacza to, że Zamawiający dokonując oceny oferty Wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny przyrównywał wartość szacunkową (bez względu czy powiększoną o podatek VAT czy też nie) jedynie dla zamówienia podstawowego z ceną oferty obejmującą zarówno zamówienie
podstawowe jak i opcję, co samo w sobie stanowi złamanie przez Zamawiającego art. 224
ust. 2 ustawy Pzp.
Zatem w wezwaniu Zamawiającego z dnia 21.08.2023 r. wskazana została nieprawidłowa wartość zamówienia, która de facto powinna obejmować także przewidziane prawo opcji. Zakładając że wartość zamówienia określona w wezwaniu na poziomie 239 850,00 zł jest wartością szacunkową powiększoną o należy podatek od towarów i usług, to Zamawiający powinien w tym wezwaniu wykazać tę wartość w wysokości 485 850,00 zł brutto (co potwierdzają dane przedstawione w protokole postępowania w pkt 3 - 395 000 zł plus podatek od towarów i usług 23% daje wartość 485 850,00 zł), w tym wartość zamówienia podstawowego 239 850,00 zł oraz wartość zamówienia opcjonalnego 246 000,00 zł. Tym samym cena oferty Wykonawcy jest niższa o 66,84% od wartości szacunkowej zamówienia, a nie jak w skazał Zamawiający w wezwaniu o 32,82%. Już samo to wskazuje, że oferta Wykonawcy jest ofertą zawierającą cenę niewiarygodną, nierealną i odbiegającą od cen rynkowych.
2. Treść wezwania z dnia 21.08.2023 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny Zamawiający sformułował w sposób ogólny, w oparciu o brzmienie przepisu (dowód nr 5: Entrast wyjaśnienie rażąco niskiej ceny).
Nie ulega wątpliwości, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Jednak sformułowanie treści wezwania bez sprecyzowania wątpliwości i oczekiwań ze strony Zamawiającego poddaje w wątpliwość, czy wyjaśnienia Wykonawcy zawierają odpowiedni poziom szczegółowości i czy Wykonawca bez jakichkolwiek dalszych wątpliwości wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.
Brak możliwości zapoznania się Odwołującego z treścią wyjaśnień Wykonawcy w tym zakresie
pozwala poddać w wątpliwość, czy Wykonawca zadośćuczynił obowiązkowi nałożonemu na niego art. 224 ust 5 ustawy Pzp.
W takiej sytuacji zaniechanie Zamawiającego pozwala skonstruować zarzut wskazany przez
Odwołującego w pkt II pkt 3 niniejszego odwołania.

IV. Ad. zarzut wskazany w pkt II ppkt 4

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada jawności, co wynika
wprost z dyspozycji z art. 18 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp).
Dodatkowo zasada jawności postępowania jest „*wzmocniona*" przez dyspozycję art. 18 ust 3 ustawy Pzp, z którego

wynika, że wykonawca nie może zastrzec informacji udostępnianych na stronie prowadzonego postępowania, a wskazanych w art. 222 ust 5 ustawy Pzp.

Ograniczenie zasady jawności wynika z art. 18 ust 3 ustawy Pzp, który wskazuje, że „*Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 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. (…).*"

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Należy jasno podkreślić, że w celu skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca musi spełnić łącznie następujące warunki:

1. musi wskazać (oświadczyć) które konkretnie informacje są objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa;
2. musi wyjaśnić (omówić) dlaczego (w jaki sposób) wskazane informacje wypełniają wszystkie znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez dokładne opisanie i odpowiednie uzasadnienie, że informacje te łącznie spełniają następujące wymagania:

a) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

b) informacje te 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,

c) uprawniony do korzystania z tych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności,

d) uczestnik postepowania musi wykazać zasadność twierdzenia, iż wskazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (np. poprzez przedłożenie stosownych dowodów).

Analizując udostępnione Odwołującemu uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, należy wskazać, że zawiera jedynie ogólnikowe stwierdzenia niepoparte dowodami. Wykonawca ograniczył się jedynie do wskazania, że szczegóły kalkulacji cenowej i stawki przyjęte do wyliczeń mają dla niego wartość gospodarczą, nie wskazując na czym konkretnie ta wartość miałaby polegać. Stwierdzenie, że poznanie przez konkurencję sposobu kalkulacji oraz wartości poszczególnych kosztów pozwalałoby konkurencji szacować wartość ofert Wykonawcy w innych postępowaniach, samo w sobie nie stanowi uzasadnienia na zachowanie w poufności tych danych. Zdaniem Odwołującego wykonawcy kalkulując wartość swojej oferty biorą przede wszystkim pod uwagę swoje koszty związane z realizacją zamówienia doliczając do nich indywidualnie ustalony zysk a Wykonawca w uzasadnieniu w żaden sposób nie wykazał, że przyjęty przez niego sposób kalkulacji zawiera informacje o charakterze technicznym, technologicznym czy organizacyjnym.

Udostępnione przez Zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób i wykazu usług oraz wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w ocenie Odwołującego przedstawiają argumenty w znacznej mierze ogólne, powołujące się na cechy przynależne wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia i mają charakter nie niosący ze sobą jakiejkolwiek wartości gospodarczej. Przez zawarte w uzasadnieniach lakoniczne twierdzenia typu cyt.: „*W naszej ocenie zastrzeżone informacje wykaz usług i wskaz osób mają charakter informacji posiadających wartość gospodarczą, tajemnicy handlowej, która mieści się w ramach definicji tajemnicy przedsiębiorstwa*.", lub „*Dlatego kluczowym czynnikiem, dla którego Wykonawca objął klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa informacje zwarte w ofercie, jest fakt, iż na etapie składania Oferty na podstawie tychże informacji Wykonawca może wywieść swoją przewagę konkurencyjną nad innymi podmiotami, które zgłosiły udział w niniejszym postępowaniu*.", czy też *„(…)zaznaczamy, że szczegóły kalkulacji cenowej, sposoby wyliczenia ceny, nieujawniane w ofercie stawki przejęte do wyliczeń, posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą, informacje te nie były wcześniej udostępniane i nie są dostępne ani możliwe do pozyskania zwykłą drogą, bez specjalnych starań osób trzecich, a dostęp do niech mają jedynie podmioty, których te informacje dotyczą, tj. dysponenci informacji, a Wykonawca uznał, że celkowym jest, by pozostały tajemnicą dla konkurentów*", trudno uznać że Wykonawca wykazał jakąkolwiek wartość gospodarczą informacji które zawarte zostały w wykazie osób i usług oraz w wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny, a tylko informacje o określonej wartości gospodarczej mogą podlegać ochronie.

Nadto w przypadku wyjaśniania zaoferowanej ceny, Wykonawca nie wskazał, w jaki sposób ujawnienie kalkulacji cenowej, sposobu wyliczenia ceny usług wykonywanych w oparciu o dokumentację postępowania doprowadzi do cyt. „*wykorzystania ich przez firmy konkurencyjne*" a więc szkody Wykonawcy, czyli jaki jest związek przyczynowo-skutkowy

między ujawnieniem
kalkulacji ceny, a szkodą czy też zmniejszeniem konkurencyjności Wykonawcy i jaka jest realna skala tej szkody. Na tę okoliczność Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu. Ponadto w uzasadnieniu brakuje konkretów obrazujących np. w jaki to negatywny sposób dobór wszystkich rozwiązań przyjętych w zakresie kalkulacji ceny w tym postępowaniu może wpłynąć ujemnie na przyszłą działalność Wykonawcy przez podmioty konkurencyjne w taki sposób, że skutkiem może być utrudnienie lub nawet uniemożliwienie mu udziału w kolejnych postępowaniach. Wykonawca powinien wykazać między innymi, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego.
Ponadto przywołanie przez Wykonawcę w treści uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyroków sądów, ogólnych zapewnień o posiadaniu przez zastrzeżone informacje istotnej wartości gospodarczej bez skwantyfikowania tej wartości lub deklaracji o poniesieniu znacznej szkody majątkowej w przypadku ujawnienia tych informacji, nie może być uznane za skuteczne zastrzeżenie tych informacji.
Powyższa analiza uzasadnień objęcia wskazanych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, pozwala na postawienie zarzutu, że Zamawiający bądź nie dokonał w żadnym stopniu oceny prawidłowości zastrzeżenia bądź zrobił to wadliwie. Wręcz w piśmie z dnia 29.08.2023 r., będącym odpowiedzią na pismo Odwołującego z dnia 22.08.2023 r. Zamawiający poinformował że cyt.: „*Zamawiający ze swojej strony zwróci się z wnioskiem do Wykonawcy Entrast Sp. z o.o. o odtajnienie informacji(…)*", co potwierdza niezgodne z przepisami prawa postępowanie Zamawiającego.
Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, co do zasady Wykonawca powinien szczegółowo wyjaśniać, czy w odniesieniu do zastrzeganej informacji zachodzą wszystkie przesłanki do uznania takiej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś na Zamawiającym spoczywa obowiązek należytego badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu bądź nie, informacji zawartych w ofercie wykonawcy.
Zamawiający obligatoryjnie w każdym przypadku powinien zbadać czy faktycznie zaistniały przesłanki objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może zatem bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynionego przez wykonawcę w sytuacji, w której wykonawca wprawdzie fizycznie przekazuje dokument z uzasadnieniem, jednak jego treść jest na tyle ogólnikowa, iż nie pozwala na ocenę zasadności stanowiska Wykonawcy.
Resumując w ocenie Odwołującego zastrzeżenie przez Wykonawcę informacji zawartych w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, kryteriach jakościowych oraz wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, a stanowiące podstawę do oceny złożonej oferty pod względem przyjętych przez Zmawiającego kryteriów oceny ofert, spełnienia warunków udziału oraz oceny czy Wykonawca wykazał że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, służy wyłącznie uniemożliwieniu weryfikacji oferty Wykonawcy przez Odwołującego, w tym w szczególności uniemożliwienia weryfikacji:
- prawidłowości przyznanych Wykonawcy punktów w poszczególnych kryteriach,
- prawidłowości oceny czy Wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- prawidłowości oceny czy Wykonawca wykazał, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco
niską.
Zamawiający w piśmie z dnia 11 września 2023 r. podtrzymał wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Entrast sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, stwierdzając, iż informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w zakresie wykazu wykonanych usług, wykaz referencji, wykaz osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, spełniły przesłanki określone w art. 18 ust. 3 ustawy PZP.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 września 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.
Stan faktyczny ustalony przez Izbę:
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP00342398/01 z dnia 2023-08-07.
W dniu 4 września 2023 r. wykonawca Stowarzyszenie SWI z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na:
1. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty ENTRAST Sp. z o.o., ul. Dzielna 60, 01-029
Warszawa NIP: PL 5272887675 (dalej także Wykonawca), mimo że:
1) Wykonawca nie złożył oferty najkorzystniejszej w świetle ustanowionych kryteriów oceny
ofert,
2) Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3) oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę;
2. zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo, iż oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej;
3. zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
4. zaniechania uznania za nieskuteczne poczynione przez Wykonawcę zastrzeżenie informacji jako stanowiących

tajemnicę przedsiębiorstwa:
- treści oferty w zakresie informacji/dokumentów objętych jakościowymi kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu,
- wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w zakresie w jakim zostały one zastrzeżone niezgodnie z przepisami prawa.
Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:
1. art. 239 ust 1 ustawy Pzp oraz 16 pkt 2 oraz art. 18 ust 1 poprzez nieuprawnione przyznanie ofercie Wykonawcy punktów niezgodnie z zasadami opisanymi w dokumentacji zamówienia, co spowodowało dokonanie wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert;
2. art. 226 ust 1 pkt 2 lit b oraz art. 16 pkt 2 oraz art. 18 ust 1 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, a zamiast tego dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 226 ust 1 pkt 8 oraz art. 16 pkt 2 oraz art. 18 ust 1 w związku z art. 224 ust 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy jako zawierającą rażąco niską cenę, a zamiast tego dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej;
4. art. 16 ust 2 w związku z art. 18 ust 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 74 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieprzeprowadzenie lub błędne przeprowadzenie oceny skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji wskazanych poniżej oraz utajnienie ich w całości, a w konsekwencji odmowę udostępnienia Odwołującemu:
1) treści oferty w zakresie informacji/dokumentów objętych jakościowymi kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej, w konsekwencji odmowę udostępnienia Odwołującemu dokumentów potwierdzających uzyskanie przez Wykonawcę wskazanych w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej liczby punktów w kryterium „*Doświadczenie*" oraz w kryterium „*Dysponowanie specjalistami*",
2) dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w konsekwencji odmowę udostępnienia Odwołującemu dokumentów potwierdzających ich spełnienie,
3) wyjaśnień Wykonawcy w zakresie ceny zaoferowanej w ofercie, co w konsekwencji skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu.
W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Stowarzyszenie SWI z siedzibą w Warszawie, Zamawiający w piśmie z dnia 11 września 2023 r. podtrzymał wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Entrast sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, stwierdzając, iż informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w zakresie wykazu wykonanych usług, wykaz referencji, wykaz osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, spełniły przesłanki określone w art. 18 ust. 3 ustawy PZP.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 września 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.
Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca ENTRAST Sp. z o.o z siedzibą w Warszawie.
Izba stwierdziła, ze ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.
Przystępujący pismem z dnia 6 września 2023 r. wnosił o odrzucenie odwołania co do zarzutu nr 1 i 4.1 jako spóźnionych oraz o oddalenie odwołania co do zarzutu nr 2, 3, 4.2 i 4.3. Jednocześnie pismem z dnia 11 września 2023 r. Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko ujęte w piśmie z dnia 6 września 2023 r.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 2 lit b ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.
Zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy PZP, Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
Zgodnie z 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 2022 r.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w .
Zgodnie z art. 16 pkt 2 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty.
Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert

określonych w dokumentach zamówienia.
Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.
Zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:
1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem lub zdanie drugie - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.
Zgodnie z art. 11 ust 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

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

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.
Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, 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.
Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane zarzuty przez Odwołującego, tj. zarzut nr 1 w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty poprzez nieuprawnione przyznanie punktów oraz zarzut nr 4 w zakresie nieprzeprowadzenia lub błędnego przeprowadzenia oceny skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz utajnienie ich w całości, co w konsekwencji doprowadziło do nieudostępnienia Odwołującemu treści oferty w zakresie informacji/dokumentów objętych jakościowymi kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach kryterium „*Doświadczenie*" oraz kryterium „*Dysponowanie specjalistami*"; dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu; wyjaśnień Wykonawcy w zakresie ceny zaoferowanej w ofercie, są zdaniem Izby zasadne. Z kolei sformułowane zarzuty przez Odwołującego, tj. zarzut nr 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zarzut nr 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy jako zawierającą rażąco niską cenę, nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.
W pierwszej kolejności, Izba odniesie się do wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 i 4.1 jako spóźnionych na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy PZP. Izba zważa, że zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy PZP, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Izba nie popiera argumentacji Przystępującego, iż: „początkowy termin do wniesienia odwołania zaczął swój bieg w dniu 21 sierpnia 2023 r., tj. daty odpowiedzi Zamawiającego na wniosek Odwołującego ws. udostępnienia treści oferty", ze względu na to, iż w ocenie Izby podstawą wniesionego odwołania przez Odwołującego była czynność Zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2023 r., w której to Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oraz pismo Zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2023 r. (odpowiedź), w którym Zamawiający stwierdził, iż: „nie może odtajnić informacji o wykazie wykonanych usług, będących przedmiotem postępowania oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia", jak również „Zamawiający ze swojej strony zwróci się z wnioskiem do Wykonawcy Entrast sp. z o.o. o odtajnienie informacji, o których mowa powyżej", powoduje zdaniem Izby, ze to od tych czynności Odwołujący miał 5 dni na wniesienie odwołania

zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP.

Przechodząc do warstwy merytorycznej w zakresie zarzutu nr 1 i 4, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem lub zdanie drugie - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Izba zważa, iż celem wprowadzenia ww. trzydniowego terminu przez ustawodawcę było zapewnienie Zamawiającemu czasu na dokonanie czynności niezbędnych przed udostępnieniem ofert, w szczególności zweryfikowanie, czy oferta wykonawcy nie zawiera treści ustawowo chronionych.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż Zamawiający nie dołożył należytej staranności w zakresie weryfikacji zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji podanych przez Przystępującego w złożonej przez niego ofercie w zakresie jakościowych kryteriów oceny ofert, tj. „Doświadczenie" oraz „Dysponowanie specjalistami", jak również w zakresie zaoferowanej ceny. Zamawiający nie udostępniając ww. informacji Odwołującemu w trzydniowym terminie naruszył nie tylko powyższą normę prawną, ale również jedną z podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasadę przejrzystości postępowania oraz zasadę jawności postępowania.

Nadto Izba zwraca uwagę, iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Odwołujący otrzymał od Zamawiającego dopiero w dniu 31 sierpnia 2023 r. na wniosek Odwołującego z dnia 29 sierpnia 2023 r. o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami.

W dalszej kolejności Izba zważa, że ustawa PZP wprowadza generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia (art. 18 ust. 1 ustawy PZP), czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę zastrzegł w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy PZP).

Oznacza to, że w dacie składania określonej informacji (jak w niniejszej sprawie w dacie składania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny z dnia 24 sierpnia 2023 r. oraz uzasadnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa) wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi przedstawić argumenty przekonujące zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę oraz że uzasadnione jest nieujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia kumulatywnie następujące przesłanki:

a. informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny,
b. informacje muszą posiadać wartość gospodarczą,
c. informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób,
d. uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania musi podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wskazanie, iż dane informacje spełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również prawidłowe „wykazanie" tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia, jego ogólnikowość albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji.

Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania" oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba chciałaby w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r, sygn. akt 200/18:

„Dla owego „wykazania" nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Przystępującego „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ZamPublU, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania" należy rozumieć nie tytko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie".

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21:„*Sąd kierując się tym właśnie założeniem uznał, że powinno ono mieć wpływ również na wykładnię pojęcia: „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu k.p.c.*"

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że nie wystarcza samo stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna.

Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie i czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

W ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia przedłożone przez Przystępującego nie potwierdza zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący nie sprostał ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez niego uzasadnienie zastrzeżenia jest ogólnikowe, obejmujące gołosłowne deklaracje wykonawcy. Ma ono charakter na tyle ogólny, że mogłoby w tym samym kształcie zostać przedstawione w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, uwzględnianie tego rodzaju uzasadnień jako skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa skutkowałoby tym, że dostęp wykonawców do wyjaśnień m.in. ceny przedstawianych przez innych wykonawców zostałby ograniczony do minimum.

Istotna część uzasadnienia, to teoretyczne wywody dotyczące obowiązujących przepisów prawa, poparte cytatami z orzecznictwa, niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawione uzasadnienia zawierają w zasadzie deklaracje wykonawcy o istnieniu takiej wartość, przy czym wartość ta – w ocenie Izby – nie została wykazana, o czym świadczą słowa: „W naszej ocenie zastrzeżone informacje wykaz usług i wskaz osób mają charakter informacji posiadających wartość gospodarczą, tajemnicy handlowej, która mieści się w ramach definicji tajemnicy przedsiębiorstwa", czy też „przedstawiona w ofercie informacje posiadają dla Wykonawcy również wysoką wartość gospodarczą, gdyż przedstawia konkretne rozwiązania i oryginalne opracowania, które mogą zostać wykorzystane przez innych wykonawców jako materiał porównawczy do stosowanych przez nich rozwiązań, a przez to modyfikacji ich rozwiązań, co może działać na szkodę Wykonawcy, zmniejszając jego konkurencyjność w ubieganiu się o udzielenie podobnych zamówień w przyszłości".

Zdaniem Izby Przystępujący nie wykazał również wartości organizacyjnej zastrzeżonych informacji, stwierdzając ogólnikowo: „ Dodatkowo wskazujemy, że informacje zawarte w wykazie osób i wykazie usług mają charakter organizacyjny, opisują bowiem precyzyjnie sposób, w jaki sposób Wykonawca przygotował ofertę w oparciu o wieloletnie doświadczenie, dostępne zasoby i zdobywaną wiedzę. Informacje zawarte w niniejszym piśmie opisują de facto sposób realizacji tego rodzaju przedsięwzięć przez naszą firmę, wynikające z analitycznego i organizacyjnego wysiłku podjętego przez spółkę". Izba chciałaby w tym miejsu zaznaczyć, iż Zamawiający wskazując na konkretnych specjalistów spowodował, że de facto cała rola Przystępującego polegała na dobraniu konkretnych osób w role i zadania narzucone przez samego Zamawiającego, tym samym w ocenie Izby nie sposób przypisać charakteru organizacyjnego opisującego sposób realizacji: „tego rodzaju przedsięwzięć przez naszą firmę".

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, że w wykazie osób odnośnie doświadczenia osób, na jakie powołuje się Przystępujący i w jakich projektach uczestniczyli, jest doświadczeniem, na które powoływać się może ta osoba, zaś Przystępujący nie wykazał, że osoby te zastrzegły ww. informacje jako informacje poufne lub też zobowiązały do tego Przystępującego, jak również nie wykazał, że są to osoby o unikalnych kompetencjach. Z kolei w wykazie usług, Przystępujący nie wykazał, w jaki sposób dane (informacje) zamieszczone w wykazie mają istotne znaczenie z punktu

widzenia organizacji przedsiębiorstwa, jak również w jaki sposób informacje zamieszczone w wykazie mogą być wykorzystane przez konkurencję ze szkodą dla Przystępującego. Przystępujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na podstawie, których Przystępujący został zobowiązany przez podmioty na rzecz których realizowane były projekty do zachowania ich w poufności.

W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, że argumentacja przedstawiona przez Przystępującego w zakresie jego know-how (informacje zawarte w wykazie osób, wykazie usług) stanowi jedynie zbiór ogólnikowych twierdzeń, a uznanie ich za wystarczające dla utrzymania niejawności informacji prowadziłoby do daleko idącego wypaczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, stanowiąc jednocześnie zagrożenie dla innych zasad udzielania zamówień publicznych, których realizacji służy jawność postępowań.

Nadto, zdaniem Izby, Przystępującynie wykazał, aby podjął działania mające na celu zachowanie informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności, nie przedkładając żadnych dowodów uzasadniających podjęcie takich działań, np. Politykę bezpieczeństwa informacji, wzoru oświadczenia, czy też wzoru umowy o zachowaniu informacji w poufności, stwierdzając jedynie ogólnikowo: „podjęliśmy działania niezbędne, do zachowania poufności informacji zawartych w Wyjaśnieniach. Działania te polegają na wprowadzeniu wewnętrznych procedur dotyczących obiegu informacji, zgodnie z którymi dostęp do danych podlegających niniejszemu zastrzeżeniu mają wyłącznie osoby odpowiedzialne za proces ofertowania", czy też „Wykonawca podjął wszelkie możliwe działania zmierzające do zachowania poufności tych informacji – dlatego też dostęp do zastrzeżonych informacji miało jedynie 3 osoby".

Z kolei w wyjaśnieniach w zakresie zaoferowanej ceny zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Przystępujący w żaden sposób nie wykazał, jak ujawnienie kalkulacji cenowej sporządzonej dla konkretnego postępowania miałoby wpłynąć na umniejszenie pozycji konkurencyjnej czy też ujawnienie polityki cenowej Przystępującego w innych postępowaniach. Przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu na ww. okoliczność (nie wykazał szkody), ograniczając się jedynie do wskazania, że szczegóły kalkulacji cenowej i stawki przyjęte do wyliczeń mają dla niego wartość gospodarczą, nie wskazując przy tym, na czym konkretnie ta wartość miałaby polegać. Świadczą o powyższym twierdzenia Przystępującego „szczegóły kalkulacji cenowej, sposoby wyliczenia ceny, nieujawniane w ofercie stawki przejęte do wyliczeń, posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą, informacje te nie były wcześniej udostępniane i nie są dostępne ani możliwe do pozyskania zwykłą drogą, bez specjalnych starań osób trzecich, a dostęp do nich mają jedynie podmioty, których te informacje dotyczą, tj. dysponenci informacji, a Wykonawca uznał, że celowym jest, by pozostały tajemnicą dla konkurentów", czy też „Poznanie zaś przez konkurencję sposobu kalkulacji oraz wartości kosztów poszczególnych elementów przyjętych do kalkulacji ceny, narażałoby wykonawcę na ujawnienie informacji dotyczących stawek i mogących być również składnikami ofert cenowych oferowanych w kolejnych postępowaniach, a zatem pozwalałby innym podmiotom szacować wartość możliwych ofert wykonawcy".

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt 479/22, w którym Izba orzekła, że: *„nie wykazano, że dane te w sposób obiektywny obrazują szczegóły prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, dlatego że w zastrzeżeniu tajemnicy wykonawca podkreśla, iż informacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to spójne z treścią zastrzeżonych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny odnoszących się do konkretnych urządzeń, opisanych w przedmiocie zamówienia. Ponadto obciążony ciężarem dowodu wykonawca powinien szczegółowo i rzeczowo wyjaśnić w jaki sposób informacje dotyczące wyliczenia kosztów w tym postępowaniu miałaby ujawniać całość przyjętej przez niego polityki cenowej, czyli wskazać przekonujące okoliczności, które pozwoliłyby zamawiającemu zweryfikować jego stanowisko. Ważne jest przy tym, aby strona powołująca się na wartość gospodarczą określonych danych udowodniła istnienie tej okoliczności i sporządzając uzasadnienie decyzji utajnienia informacji przedstawiła w nich swoją argumentację w sposób wyczerpujący, kiedy w rozpoznawanym sporze informację o możliwości uzyskania przewagi rynkowej ze względu na możliwość poznania sposobu kalkulacji przystępującego pozostawiono w sferze ogólnych, nieweryfikowalnych zapewnień wykonawcy*".

Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia1 października 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 53/21 wskazano, że: *Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Sąd nie podziela argumentacji skarżącego, z której zdaje się wynikać, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. W ocenie Sądu taki pogląd jest sprzeczny z art. 8 ust. 3 Pzp, z którego należy wyprowadzić odmienny wniosek, tj. że co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji".*

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba zważa, że zgodnie z dominującą obecnie linią orzeczniczą, wyrażoną w art. 18 ust. 1

ustawy PZP zasadę jawności traktuje się priorytetowo, jako jedną z najważniejszych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ograniczenie stosowania tej zasady na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy PZP może mieć miejsce jedynie pod warunkiem jednoznacznego wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a czego nie wykazał Przystępujący w niniejszej sprawie. Tym samym, Izba zgadza się z Odwołującym, iż: „uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób i wykazu usług oraz wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, (...) przedstawiają argumenty w znacznej mierze ogólne, powołujące się na cechy przynależne wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia i mają charakter nie niosący ze sobą jakiejkolwiek wartości gospodarczej".
Konkludując, w ocenie Izby zarzut nr 4 jest zasadny, a w konsekwencji również zarzut nr 1 w zakresie wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, patrząc przez pryzmat naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasadę przejrzystości prowadzonego postępowania oraz zasadę jawności postępowania.

Odnośnie zarzutu nr 2 w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego, zdaniem Izby jest niezasadny.

Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że Odwołujący powołał się w odwołaniu na zapisy SWZ dotyczące opisu kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriom i sposobu oceny ofert, zgodnie z działem XIX pkt 1 ppkt 1.2 i 1.3 SWZ oraz na warunki udziału w postępowaniu określone w dziale VIII pkt 1 ppkt 2.4 SWZ, Zdolności technicznej lub zawodowej.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Należy zwrócić uwagę, że brak możliwości zapoznania się z informacjami stanowiącymi przydzielenie przez Zamawiającego maksymalnej ilości punktów Przystępującemu zarówno w kryterium „Doświadczenie" oraz „Dysponowanie specjalistami" w wyniku zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, doprowadziło do sytuacji, iż utajnienie tych informacji przez Zamawiającego naruszyło w ocenie Izby zasadę jawności postępowania, uniemożliwiając Odwołującemu weryfikację spełnienia wymagań Zamawiającego.

Świadczą o tym słowa samego Odwołującego: „Brak możliwości zapoznania się Odwołującego z informacjami podanymi przez Wykonawcę w dokumentach składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postepowaniu pozwala poddać w wątpliwość, czy Wykonawca wykazał ich spełnienie", jednakże w ocenie Izby stanowią one wyłącznie przypuszczenie Odwołującego (mają walor hipotetyczny). Dopiero zapoznanie się z ww. informacjami, da możliwość oceny przez Odwołującego spełnienia lub też niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego.

W związku z powyższym, zdaniem Izby zarzut ten podlega oddaleniu.

Odnośnie zarzutu nr 3 w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, ze względu na to, iż oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, zdaniem Izby jest niezasadny.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zaznaczyć należy, że Odwołujący w odwołaniu odniósł się jedynie do treści wezwania Zamawiającego, kwestionując jego wyliczenia, jednak w ocenie Izby, nie udowodnił, że cena, którą zaoferował Przystępujący nie jest realna.

Izba zgadza się z Odwołującym, że Zamawiający sformułował treść wezwania z dnia 21 sierpnia 2023 r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w sposób ogólny, jednakże zdaniem Izby Przystępujący złożył wyjaśnienia w takim zakresie, jaki uważał za wystarczający dla udowodnienia, że cena oferty gwarantuje należyte wykonanie zamówienia i jest wiarygodna. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, skierowanie ogólnego wezwania do wykonawcy rodzi po jego stronie uprawnienie do sformułowania wyjaśnień na tyle szczegółowych, aby potwierdzały wykonanie zamówienia po cenie rynkowej, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (tak też: wyrok KIO z dnia 28 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1399/14).

Nadto zaznaczenia wymaga, że „odwrócony" rozkład ciężaru dowodu nie powoduje, że Odwołujący pozostaje całkowicie zwolniony z obowiązku wskazania podstaw faktycznych zarzutu i przedstawienia dowodów na ich poparcie, a których w niniejszej sprawie Odwołujący nie przedstawił. Zarzut Odwołującego sprowadzał się do ogólnego stwierdzenia, że cena oferty Przystępującego jest ceną „niewiarygodną, nierealną i odbiegającą od cen rynkowych", kwestionując przy tym jedynie treść wezwania Zamawiającego i dokonane przez niego wyliczenia.

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, że zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień zaoferowanej ceny doprowadziło do sytuacji, iż utajnienie tych informacji przez Zamawiającego naruszyło w ocenie Izby zasadę jawności postępowania, uniemożliwiając tym samym Odwołującemu weryfikację zaoferowanej ceny przez Przystępującego.

Świadczą o tym słowa samego Odwołującego: „Brak możliwości zapoznania się z kalkulacją cenową oraz przyjętym przez Wykonawcę sposobem wyliczenia ceny oferty, nie daje Odwołującemu możliwości oceny czy Wykonawca zadośćuczynił obowiązkowi nałożonemu na niego art. 224 ust 5 ustawy Pzp i wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny", jednakże w ocenie Izby stanowią one wyłącznie przypuszczenie Odwołującego (mają walor hipotetyczny), nie przedstawiając przy tym żadnego dowodu.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby zarzut ten podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego w części 1/2 i Zamawiającego w części 1/2.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: ……