

WYROK

z dnia 17 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Członkowie: Emil Kuriata

Luiza Łamejko

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 16 października 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 2 października 2023 r. przez:

- wykonawcę SIGMA BIS S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2887/23);
- wykonawcę Euvic Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2888/23),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Telewizję Polską S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 2887/23 i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy SIGMA BIS S.A. z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.
2. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt 2887/23 obciążyć zamawiającego i zaliczyć w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł poniesioną przez odwołującego tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Zasądzić od zamawiającego Telewizji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego SIGMA BIS S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy).
4. Uwzględnić odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 2888/23 i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach uznać za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Value Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie informacji znajdujących się w:
 - Formularzu opustów i cen załączonym do oferty ww. wykonawcy,
 - Wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez ww. wykonawcę,nakazując odtajnienie pełnej treści ww. dokumentów.
5. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt 2888/23 obciążyć zamawiającego i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
6. Zasądzić od zamawiającego Telewizji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego Euvic Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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:.....

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem są usługi planowania i zakupu mediów na potrzeby reklamy publicznej Telewizji Polskiej S.A., w okresie 12 miesięcy, oznaczenie sprawy: ZP/TBPR/54/2023.

Wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 28 lipca 2023 r., pod numerem 2023/S 144-457181.

I.KIO 2887/23

W dniu 2 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy SIGMA BIS S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: Odwołujący), wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, tj. wobec odrzucenia oferty Odwołującego oraz wobec wyboru oferty najkorzystniejszej.

Kwestionując ww. czynności, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez uznanie, że oferta Odwołującego w zakresie wartości wskazanych w kryterium oceny ofert zawiera rażąco niską cenę z powodu braku przedstawienia przez Odwołującego dowodów potwierdzających zaoferowane wartości, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu gdyż nie zawiera rażąco niskiej ceny, Odwołujący przedstawił żądane przez Zamawiającego dokumenty oraz złożył wyjaśnienia, a kryteria oceny ofert nie są ceną w rozumieniu ustawy PZP ani definicji ceny zawartej w dokumentacji Postępowania;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez uznanie, że oferta Odwołującego w zakresie wartości wskazanych w kryterium oceny ofert zawiera rażąco niską cenę z powodu nie uznania przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień za wiarygodne i pełne, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu gdyż nie zawiera rażąco niskiej ceny, a Odwołujący przedstawił kompleksowe wyjaśnienia poparte dowodami, a co więcej kryteria oceny ofert nie są ceną w rozumieniu ustawy PZP ani definicji ceny zawartej w dokumentacji Postępowania;
- 3.art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy PZP poprzez uznanie, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu w związku z tym, że Odwołujący „nie złożył w przewidzianym terminie [...] innych dokumentów lub oświadczeń”, przez które to dokumenty lub oświadczenia Zamawiający rozumie dokumenty objęte wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 31 sierpnia 2023 r., mimo iż Odwołujący złożył wszystkie wymagane dokumenty;
- 4.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez wybór oferty Value Media sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu;
- 5.art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przejawiającego się w odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu przedstawienia oświadczeń z których nie wynika wprost potwierdzenie wskazanych wartości, w sytuacji gdy zgodnie z treścią tych oświadczeń żaden z wykonawców startujących w przetargu nie mógł uzyskać potwierdzeń przyjętych wartości.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyrobu oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Stanowisko Odwołującego:

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że Zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP jako podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego w związku z wartościami zaoferowanymi w innym niż cena/koszt kryterium oceny ofert „cena przy zakupach kampanii outdoor-tablice” ze względu na to, że wartość podana w tym kryterium nie jest ceną podlegającą badaniu w kontekście rażąco niskiej ceny.

Odwołujący odniósł się do zapisów SWZ, z których wynika, że cena podlegająca badaniu w ramach oceny rażąco niskiej ceny obejmuje:

1. Iloczyn maksymalnego miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy oraz 12 miesięcy obowiązywania Umowy oraz

2. Koszty zewnętrznego wykonania usług, które będzie wydatkował Zamawiający.

Jedynym faktycznym elementem ww. ceny, na który miał wpływ Wykonawca składając ofertę i który mógł podlegać badaniu w ramach oceny rażąco niskiej ceny jest element wskazany w pkt. 1 tj. iloczyn maksymalnego miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy oraz 12 miesięcy obowiązywania Umowy. Wynika to z faktu, że koszty zewnętrznego wykonania usług, które będzie wydatkował Zamawiający zostały odgórnie narzucone przez Zamawiającego.

To nabywanie/ponoszenie kosztów zewnętrznych jest związane z wysokością wskaźników zaoferowanych w postępowaniu przez poszczególnych Wykonawców w ramach innych niż cena/koszt kryteriów oceny ofert. Wskazane w tych kryteriach oceny ofert wartości wskaźników nie stanowią elementu ceny. Świadczą one tylko i wyłącznie o tym z jaką jakością tj. z zastosowaniem jakich wypracowanych przez danego Wykonawcę upustów/rabatów/opustów/cenach promocyjnych będzie Zamawiający mógł wydatkować ww. kwotę 47 000 000,00 zł. Ta możliwość zaoferowania przez Wykonawcę danej wartości w ramach tak określonych innych niż cena/koszt kryteriów oceny ofert nie jest zaoferowana ceną w postępowaniu za realizację zamówienia, ale właśnie pewną cechą świadczenia usług przejawiająca się w umożliwieniu Zamawiającemu nabywaniu określonych dóbr w ramach posiadanej puli po cenach korzystniejszych dostępnych dla danego Wykonawcy, związanych z tym Wykonawcą.

Dalej Odwołujący wskazywał, że do wyjaśnień z dnia 11 września 2023 r. załączył wszystkie wymagane przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 31 sierpnia 2023 r. dokumenty, a co więcej w sposób szczegółowy wyjaśnił sposób ustalenia zaoferowanych w ramach upustów cen nośników.

Odwołujący wskazał na treść skierowanego do niego wezwania oraz podkreślił, że w złożonych wyjaśnieniach odniósł się do każdego z wymaganych przez Zamawiającego elementów. Z tym, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, zgodnie z uzasadnieniem opublikowanym przez Zamawiającego był brak przedstawienia wszystkich wymaganych dokumentów tj. oświadczeń firmy AMS S.A. oraz Ströer Polska sp. z o.o., co jest niezgodne z prawdą. Odwołujący przedstawił oświadczenia od wszystkich podmiotów od których takich oświadczeń wymagał Zamawiający. W konsekwencji w sposób naruszający art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu braku przedstawienia wszystkich wymaganych dokumentów tj. oświadczeń od firm AMS S.A. oraz Ströer Polska sp. z o.o., skoro Wykonawca takie oświadczenia przedstawił.

Nie można obciążać Wykonawcy faktem, że ww. firmy prowadzą określoną politykę handlową, zgodnie z którą nie potwierdzają zaoferowanych cen/upustów. W szczególności, że w związku ze złożeniem ww. oświadczeń przez obie firmy, Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach na stronach 9 – 12 przedstawił szczegółowe wyliczenia odnośnie cen oferowanych przez te podmioty z uwzględnieniem ich oficjalnych cenników publikowanych na oficjalnych stronach tych podmiotów. Odwołujący wykazał się w tym zakresie należytą starannością, a także wykazał sposób obliczenia przyjętej ceny/upustu.

Jak kontynuował Odwołujący, jednocześnie w zakresie oświadczenia złożonego przez firmę Jet Line sp. z o.o. Odwołujący wskazuje, że oświadczenie to zawiera wszystkie niezbędne informacje. W treści korespondencji został oznaczony zarówno Zamawiający jak i postępowanie o udzielenie zamówienia, na potrzeby którego oświadczenie jest złożone. Firma potwierdziła także ceny oferowane przez Odwołującego a także czynniki, które wpływają na określony rabat tj. rabat skumulowany uwzględniający rabat handlowy, agencyjny, multiformat, rabat roczny; skalę wydatków klienta; skalę wydatków agencji, możliwość uzyskania oferty lastowej na nośniki niebadane lub w najniższej kategorii wiadomości. Zamawiający błędnie ocenił zatem, że przedstawione oświadczenie nie potwierdza zaoferowanych cen, gdy wprost z niego wynika, że potwierdza. Zamawiający wydaje się nie zauważyć, że przedstawione oświadczenie jest fragmentem korespondencji („RE:”) oraz, że firma wskazała na poufność informacji. Podsumowując, niezgodnym z prawdą jest zarzut Zamawiającego o braku przedstawienia oświadczeń potwierdzających ceny od wszystkich firm wskazanych w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 31 sierpnia 2023 r. skoro Odwołujący przedstawił oświadczenia od wszystkich tych firm.

W konsekwencji ww. wyводу niezgodne z ustawą PZP było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy PZP poprzez uznanie, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu w związku z tym, że Odwołujący „nie złożył w przewidzianym terminie [...] innych dokumentów lub oświadczeń”, przez które to dokumenty lub oświadczenia Zamawiający rozumie dokumenty objęte wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 31 sierpnia 2023 r., skoro zgodnie z przedstawionym stanem faktycznym, wszystkie wymagane dokumenty zostały złożone.

Dalej Odwołujący podniósł, że w żadnym miejscu dokumentacji Zamawiający nie wymagał od Wykonawcy aby dla poszczególnych formatów obliczył zaoferowane wartości w oparciu o daną, konkretną firmę czy jej politykę cenową. Zamawiający wymagał wskazania jedynie ceny netto za 1 nośnik w PLN w zależności od rodzaju formatu. W

konsekwencji Zamawiając nie może skutecznie uznać, że za wskazaną wartość nie ma możliwości realizacji zamówienia u danego dostawcy, skoro nie wymagał sporządzenia w tym zakresie oferty w oparciu o ceny oferowane przez tego dostawcę. Co więcej w sytuacji, w której Odwołujący wykazał, że za zaoferowane wartości jest w stanie zrealizować zamówienie, nawet przy wtórnym wyborze przez Zamawiającego jednej z dwóch konkretnych firm.

Odwołujący, co zostało podniesione w wyjaśnieniach, dokonując kalkulacji na potrzeby wskaźnika wziął pod uwagę charakterystykę działalności Zamawiającego i doświadczenie związane ze świadczenia na rzecz Zamawiającego dotychczas usługi w ramach zamówienia ZP/TBPR/1/2022, gdzie wykorzystanie współpracy z firmą Ströer Polska sp. z o.o. było znikome. Zamawiający skorzystał wyłącznie w miesiącach wrzesień/październik 2022 r. na łączną kwotę ok. 160 tys. złotych. Jak widać udział w rynku nie zawsze pokrywa się ze stopniem skorzystania z usług danej firmy, nawet w przypadku realizacji umów na rzecz Zamawiającego. Realizowane przez Odwołującego zamówienie ZP/TBPR/1/2022 jest tożsame z przedmiotem zamówienia Postępowania w ramach którego Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie. Odwołując realizuje identyczne zamówienie, dla tego samego Zamawiającego więc zasadnym jest, że opiera się doświadczeniu zdobytym we współpracy z tym konkretnym Zamawiającym w tym samym przedmiocie realizacji.

Odnosnie przedstawienia niewiarygodnych wyliczeń dla nośników oferowanych przez Ströer Polska Sp. z o.o. oraz AMS S.A., Odwołujący wskazał, że mając na uwadze treść wezwania i wymóg odniesienia się do wartości oferowanych przez ww. spółki, wskazał sposób wyliczenia zaoferowanych wartości w oparciu o oficjalne cenniki tych podmiotów. Trudno uznać, że posługując się oficjalnymi danymi tych spółek z uwzględnieniem dotychczasowego doświadczenia Odwołującego, na które składa się także możliwość osiągnięcia określonych wartości rabatów, aby przedstawione przez Odwołującego wyliczenia nie były wiarygodne. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że dowodami są w szczególności oświadczenia dostawców, co oznacza, że dopuszczalnym było przedstawienie także innych dowodów, w tym cenników.

Zdaniem Odwołującego nie jest wykluczonym, że w wyniku ostatecznych rozmów uzyskane ceny/opusty/rabaty będą wyższe i ostatecznie uda się uzyskać niższą wartość płatności niż wskazana w wykazie wartości gwarantowanych przez Odwołującego. Zgodnie z prawdą Odwołujący wskazał, że wobec braku wydawania potwierdzeń i ustalania cen na przyszłość przez oba podmioty, żaden z wykonawców nie mógł w inny sposób niż w oparciu o oficjalne cenniki i swoje doświadczenie w pracy (w tym dotychczas wypracowywane rabaty) z daną firmą ustalić wskazanych przez siebie wartości. Zgodnie z ustawą Pzp wartości wskazywane w ofercie są ustalane przez wykonawców na dzień składania ofert, co jest równoznaczne z tym, że uwzględnia się sytuację i informacje dostępne na ten dzień. Odwołujący uzupełnił formularz opustów i cen oraz złożył go zgodnie z warunkami określonymi w SWZ. Formularz nie był zmieniany na późniejszych etapach. Nie sposób zrozumieć wyводу Zamawiającego o tym, że podstawą odrzucenia oferty jest dokonanie wycen na etapie realizacji umowy, skoro już na etapie ofertowania Zamawiający otrzymał gwarantowane poziomy cen i opustów zawarte w formularzu, które były podstawą do przyznania punktów w pozacenowych/ pozakosztowych kryteriach oceny ofert. Co więcej sam Zamawiający dopuszczał po zawarciu umowy dalsze negocjacje dot. gwarantowanych poziomów, obligując wykonawcę do ich zmiany jeżeli uzyska wartości korzystniejsze (§ 3 ust. 6 Projektowanych postanowień umownych).

W zakresie braku informacji dot. wpływu określonych czynników na zaoferowane wartości, zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie uznaje, że w wyjaśnieniach Odwołujący nie odniósł się do tych kwestii. Odwołujący podniósł jakie czynniki wpływają na określone gwarantowane poziomy, w tym ich przełożenie jest oczywiste w przypadku ustalania wartości opartych na współpracy. Co więcej w zależności od podmiotu współpracującego wpływ poszczególnych czynników będzie miał inną wagę. Jednym z dowodów na to, że wskazane czynniki mają przy tego typu usługach wpływ na opusty/rabaty jest oświadczenie firmy Jetline Sp. z .o.o. czy wskazane polityki cenowe.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający nie zajął pisemnego stanowiska. W trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił stosowną argumentację.

II.KIO 2888/23

W dniu 2 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Euvic Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: Odwołujący). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 18 ust. 1-3 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1-3 ustawy PZP w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów złożonych przez Value Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tj. Formularza opustów i cen zgodnego z załącznikiem nr 2 do SWZ, stanowiącego zarazem załączniki nr 1, 2, 3, 4, 5A oraz 5B do umowy, jak

również wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez ww. wykonawcę, pomimo że wykonawca nie wykazał istnienia wszystkich przesłanek do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
2.art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów złożonych przez Value Media, tj. formularza opustów i cen zgodnego z załącznikiem nr 2 do SWZ, stanowiącego zarazem załączniki nr 1, 2, 3, 4, 5A oraz 5B do umowy, jak również wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący wskazywał, że zastrzeżenie przez Value Media części oferty w zakresie Formularza opustów i cen oraz w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny było bezpodstawne. Zdaniem Odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia dokonane przez ww. wykonawcę zawierało jedynie kilka ogólnikowych fragmentów, nie dających jednak podstaw do stwierdzenia, iż ziszczyły się przesłanki określone w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Co istotne, z wyjaśnień nie wynika, że Value Media wykazało zasadność zastrzeżenia – brak informacji o dołączonych do wyjaśnień dowodach potwierdzających poufność zastrzeżonych informacji.

Jak dalej wskazywał Odwołujący, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie zawierają osobnego utajnienia w zakresie kalkulacji cenowej lub ewentualnie innych dokumentów dołączonych do wyjaśnień. W ich zakresie wykonawca jedynie powołał się na fakt utajnienia formularza opustów i cen oraz załączonego do oferty utajnienia z dnia 16 sierpnia 2023 r.

Następnie Odwołujący odniósł się do dokonanego w dniu 16 sierpnia 2023 r. zastrzeżenia wskazując, że ma ono ogólnikowy charakter. W szczególności wykonawca wskazując na znaczącą i istotną wartość zastrzeganych informacji nie wskazał o jakiej wartości mowa. Lakoniczne wskazanie na możliwość osłabienia pozycji rynkowej wykonawcy przy zaniechaniu określenia i podania np. wysokości szkody jaka grozi wykonawcy za odtajnienie informacji oraz przy braku powołania dowodów na potwierdzenie poufności informacji ma charakter czysto hipotetyczny i w żaden sposób uprawdopodobniony (Odwołujący w ww. zakresie powołał się na wyrok KIO 2063/18).

Dalej Odwołujący wskazywał, że wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Zdaniem Odwołującego wartość gospodarczą należy wykazać, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacją taką wartość posiada. Wykonawca Value Media dla żadnej z zastrzeganych informacji/ dokumentów nie wykazał istnienia wartości gospodarczej. Odwołujący powołał się przy tym na liczne orzecznictwo, m. in. KIO 500/21, KIO 3762/21, KIO 80/22, XXIII Zs 53/21.

Zdaniem Odwołującego zasadność odtajnienia w odniesieniu do całości dokumentów uzasadnia nie tylko złożenie wyjaśnień ogólnych i brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, ale również brak przedłożenia dowodów uzasadniających podjęcie działań mających na celu zachowanie informacji w poufności. Nie sposób uznać, że uzasadnienia czyni zadość wykazaniu, że wykonawca podjął przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania zastrzeżonych dokumentów w poufności. Z uzasadnienia wynika bowiem, że wykonawca zawarł w tym względzie jedynie oświadczenie i nie podjął nawet próby skonkretyzowania środków jakie obowiązują i są stosowane w spółce.

Odwołujący podkreślił, że kwestia wykazania nie oznacza jedynie wskazania, opisanie określonych czynności podejmowanych przez wykonawcę w celu zachowania w poufności zastrzeganych informacji, ale konieczność udowodnienia skutecznej ich ochrony (powołał m. in. wyroki: KIO 2252/17, KIO 2284/19, KIO 2288/19).

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że lakoniczna i niepoparta dowodami treść wyjaśnień z dnia 16 sierpnia 2023 r. powinna prowadzić do odtajnienia dokumentów załączonych do oferty. W konsekwencji należy również stwierdzić, że także zastrzeżenie tajemnicy treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie powinno się ostać, gdyż wykonawca zastrzegając ich tajemnicę jedynie odesłał do wcześniejszego uzasadnienia z dnia 16 sierpnia.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający nie zajął pisemnego stanowiska. W trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił stosowną argumentację.

KIO 2887/23, KIO 2888/23

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

W sprawie odwoławczej prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 2887/23 Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania. Zdaniem Zamawiającego odwołanie dotyczyło tak naprawdę zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej – tym samym jako spóźnione powinno zostać odrzucone (art. 528 pkt 3 ustawy PZP). Izba nie zgodziła się z takim stwierdzeniem. Po analizie treści odwołania Izba ustaliła, że Odwołujący faktycznie część argumentacji odnosił do zasadności skierowania wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny – zdaniem Odwołującego, wartość podana w kryterium „cena przy zakupach kampanii outdoor-tablice” nie jest ceną podlegającą badaniu w kontekście rażąco niskiej ceny, a więc Zamawiający bezpodstawnie zastosował art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP odrzucając ofertę Odwołującego.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na ugruntowane już stanowisko orzecznicze, że o treści zarzutów odwołania przesądza w głównej mierze okoliczności faktyczne powołane w sformułowanej przez odwołującego argumentacji (tak np. wyrok KIO z dnia 13 marca 2020 r., KIO 431/20, wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2022 r., KIO 1027/22). Izba po analizie treści odwołania doszła do wniosku, że Odwołujący oprócz samodzielnego zarzutu z punktu 3 oraz zarzutów wynikowych z punktu 5 i 6, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6, na poparcie czego przedstawił różnego rodzaju argumentację (zawierającą się w ramach zarzutów nr 1 i 2) – w tym odnoszącą się do zasadności przeprowadzenia procedury badania wartości podanych w kryterium oceny ofert.

Zdaniem Izby, argumentacja na którą uwagę zwracał Zamawiający, faktycznie jest argumentacją spóźnioną. Fakt ten nie przesądza jednak o wniesieniu całego odwołania z przekroczeniem terminu. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stawia bowiem kategorię zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, opierając je na błędnej ocenie przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień i z tego faktu wywodzi naruszenie przez Zamawiającego powoływanych przepisów. Już na tej podstawie uznać można, że zarzut naruszenia ww. przepisów postawiony został w terminie, chociaż część argumentacji na niego się składająca, jest spóźniona.

W sprawie odwoławczej prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 2888/23 Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu odnoszącego się do nieujawnienia formularza upustów oraz cen. Zdaniem Zamawiającego odwołanie w tym zakresie jest spóźnione, gdyż Odwołujący wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania mógł poznać najpóźniej 12 września 2023 r.

Izba nie zgodziła się z wnioskiem Zamawiającego. Zdaniem Izby z opisywanych przez strony okoliczności nie wynika, że Odwołujący dysponował jednoznaczną informacją, że Zamawiający zakończył badanie i ocenę oferty wykonawcy Value Media Sp. z o.o. pod kątem skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności nie przesądza o tym informacja przekazana wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o treści: „Uprzejmie informuję, że wszystkie złożone przez Wykonawców dokumenty, które nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, są dostępne w zakładce "oferty złożone w postępowaniu". Z informacji tej można wywieść jedynie wniosek, że Zamawiający upublicznił nieujawnioną część ofert. Nie można jednak wnioskować, że ww. informacja miałaby przesądzać o tym, że Zamawiający zakończył etap badania i oceny ofert pod kątem skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza że ww. informacja została podana w dniu, w którym upływał termin składania ofert (termin składania ofert upływał 24 sierpnia o godz. 11:00, pytanie o udostępnienie ofert zostało zadane o godzinie 12:51, a odpowiedź Zamawiającego miała miejsce o godzinie 13:01).

Odwołujący powinien dysponować w tym zakresie jednoznaczną informacją, tak by bez przeszkód mógł zdecydować czy korzystać ze środków ochrony prawnej. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której Odwołujący musi domyślać się czy Zamawiający dokonał określonej czynności (w tym przypadku oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) czy też nie. Zdaniem Izby w niniejszej sprawie Odwołujący nie dysponował jednoznaczną informacją o czynności Zamawiającego, a więc termin do wniesienia odwołania nie rozpoczął biegu.

Także okoliczność, że w dniu 12 września Zamawiający odtajnił nieskutecznie zastrzeżone informacje wykonawcy SIGMA BIS, nie przesądza o tym, że w zakresie wykonawcy Value Media, termin na wniesienie odwołania nie został zachowany. Ponownie należy podkreślić, że Odwołujący nie dysponował jednoznaczną informacją w tym zakresie. Skoro tak, termin na wniesienie odwołania należy liczyć od opublikowania wyników postępowania.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla

rozstrzygnięcia sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi planowania i zakupu mediów na potrzeby reklamy publicznej Telewizji Polskiej S.A., w okresie 12 miesięcy, oznaczenie sprawy: ZP/TBPR/54/2023.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert, w postępowaniu złożono 4 oferty.

Zgodnie z SWZ, na ofertę składają się: formularz oferty zgodny w treści z Załącznikiem nr 1 do SWZ oraz Formularz opustów oraz cen zgodny w treści z Załącznikiem nr 2 do SWZ, stanowiący zarazem Załączniki nr 1, 2, 3, 4, 5A oraz 5B do Umowy.

Wykonawca Value Media Sp. z o.o. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Formularz opustów oraz cen zgodny w treści z Załącznikiem nr 2 do SWZ, stanowiący zarazem Załączniki nr 1, 2, 3, 4, 5A oraz 5B do Umowy. W piśmie z dnia 16 sierpnia 2023 r. przedstawił następujące uzasadnienie zastrzeżenia:

„1. Odnosnie pkt a) petitum pisma.

Informacje wskazane w pkt a) petitum niniejszego pisma, co do których Value Media składa zastrzeżenie na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Value Media. Spełniają one wszystkie trzy przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Po pierwsze, wysokość, wynegocjowanych na przestrzeni lat i w ramach rosnącego obrotu, cen i opustów mediów oferowanych poszczególnym domom mediowym, w tym Value Media, jest kluczową informacją dla powodzenia ich biznesu i ma dla nich wymierną wartość gospodarczą. Wyniki każdego z domów mediowych mogą być w tym zakresie różne, a dokładna informacja o wysokości cen i opustów oferowanych przez dostawcę konkurencji mogłaby znacząco i bez rynkowego uzasadnienia ułatwić działanie konkurentów, np. w ramach negocjacji handlowych, a tym samym pogorszyć pozycję Value Media. Sytuacja taka stanowiłaby z pewnością naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Po drugie, informacje wymienione w pkt a) petitum pisma, z wyżej przedstawionych względów, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Nie znajdują się one ani na stronie internetowej Value Media ani nie są opublikowane w żadnym innym miejscu, które byłoby dostępne na zasadzie domeny publicznej. Value Media ujawnia przedmiotowe informacje wyłącznie na potrzeby ofert składanych potencjalnym klientom lub w czasie prowadzonych negocjacji handlowych.

Po trzecie, Value Media chroni tajemnicę swojego przedsiębiorstwa w ramach informacji wymienionych w pkt a) petitum pisma również przez umożliwienie dostępu do niej wyłącznie wybranym pracownikom, którzy ponadto zobowiązani są na podstawie pisemnych umów do zachowania poufności. Uznać więc należy, że Value Media podejmuje zarówno techniczne, jak i prawne środki w celu ochrony przedmiotowej tajemnicy przedsiębiorstwa.

2. Podsumowanie

Informacje wymienione w pkt a) petitum pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Value Media, co wykazano w niniejszym piśmie. Jej zastrzeżenie ze względu na ochronę interesów Wykonawcy, jest uzasadnione i konieczne. Podkreślić jednocześnie trzeba, że zastrzeżenie to nie stanowi naruszenia zasady jawności postępowania, gdyż podstawowy składnik Oferty, tj. cena oferty brutto, pozostaje jawna.”

W dniu 31 sierpnia 2023 r. wykonawca Value Media Sp. z o.o. został wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty Wykonawcy, w zakresie wskazanym w wezwaniu. W dniu 6 września wykonawca przedłożył stosowne wyjaśnienia, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jako uzasadnienie zastrzeżenia wskazał, że: „Uzasadnienie powyższego charakteru tych informacji zostało wyczerpująco przedstawione w treści pisma Zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2023 roku dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Value Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (...), i pozostaje w pełni aktualne w zakresie każdej z omówionych tam przesłanek (tj. kluczowe informacje biznesowe, brak ujawnienia do wiadomości publicznej, podjęcie przez Wykonawcę działań w celu ochrony tych informacji).”

W dniu 31 sierpnia 2023 r. do złożenia wyjaśnień ceny został wezwany również wykonawca SIGMA BIS S. A.

Zgodnie z treścią wezwania:

„Stosownie do art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana 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. Analizując ceny zaoferowane przez Wykonawcę Sigma BIS S.A. w obszarze nośników dla kampanii outdoor-tablice, Zamawiający stwierdził, że zaoferowane przez Wykonawcę Sigma BIS S.A. ceny netto pojedynczych nośników dla kampanii outdoor-tablice w formatach: 6x3 m (backlight), 12x3 (frontlight), oraz 12x4 (frontlight) są znacząco niższe od cen tych nośników zaoferowanych przez Wykonawców Value Media Sp. z o.o. oraz FULLSIX MEDIA Sp. z o.o. (Zamawiający podkreśla, iż nie może podać konkretnych wartości ze względu na fakt, iż Wykonawcy Value Media Sp. z o.o., Sigma BIS S.A. oraz Euvic Media Sp. z o.o. skutecznie zastrzegli jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez siebie Formularze opustów oraz cen).

Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 29.06.2022 r. (sygn. akt 1543/22), który zapadł w ubiegłorocznym postępowaniu (oznaczenie sprawy: ZP/TBPR/1/2022), w przypadku znacznych różnic pomiędzy cenami (jednostkowymi) zaoferowanymi przez Wykonawców, jak również pomiędzy cenami zaoferowanymi a cenami rynkowymi, szczególnie w przypadku gdy zróżnicowanie cen nośników wynikające ze zróżnicowania poszczególnych formatów ma wpływ na średnią arytmetyczną (w przypadku bieżącego postępowania – średnią ważoną), a w konsekwencji na uzyskaną punktację w przyjętych kryteriach oceny ofert (w poprzednim postępowaniu – średnia arytmetyczna, w obecnym – średnia ważona), Zamawiający powinien powziąć wątpliwości w zakresie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowane ceny, które to wątpliwości powinien wyjaśnić w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp

Mając powyższe na względzie, Zamawiający, stosownie do dyspozycji art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zwraca się do Wykonawcy Sigma BIS S.A. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen netto pojedynczych nośników dla kampanii outdoor-tablice w formatach: 6x3 m (backlight), 12x3 (frontlight), oraz 12x4 (frontlight) oraz przedłożenia szczegółowej kalkulacji powyższych cen z wyszczególnieniem kosztów ekspozycji miesięcznej oraz wszystkich kosztów technicznych (w tym druk, montaż, demontaż, utylizacja, dokumentacja fotograficzna, raport) albo z wyszczególnieniem kosztów ekspozycji miesięcznej wraz z informacją, że wszystkie koszty techniczne (w tym druk, montaż, demontaż, utylizacja, dokumentacja fotograficzna, raport) zawarte są w przedstawionych kosztach ekspozycji miesięcznej. Wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a każda z cen netto nośników dla kampanii outdoor-tablice w formatach: 6x3 m (backlight), 12x3 (frontlight), oraz 12x4 (frontlight) zawiera wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej realizacji umowy, zapewniając zarazem Wykonawcy osiągnięcie zysku. W związku z powyższym, wyjaśnienia powinny wykazywać co spowodowało obniżenie cen, a także w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na ich obniżenie oraz być poparte stosownymi dowodami, w szczególności dowodami potwierdzającymi ceny zakupu tych nośników, uzyskane od każdego z następujących dostawców: AMS S.A., Ströer Polska Sp. z o.o., Cityboard Media Sp. z o.o., Clear Channel Poland Sp. z o.o. [dla formatu 6x3 m (backlight)], Ströer Polska Sp. z o.o., SUPERSIGNS Polska Sp. z o.o. [dla formatu 12x3 (frontlight)] oraz Cityboard Media Sp. z o.o., Jet Line Sp. z o.o. [dla formatu 12x4 (frontlight)], dokumentami potwierdzającymi uzyskanie przez Wykonawcę określonych opustów cenowych etc.

Wyjaśnienia, szczegółowa kalkulacja oraz dowody muszą zostać złożone (przesłane za pośrednictwem Platformy) w terminie 7 dni od dnia otrzymania niniejszego wezwania.”

Wykonawca SIGMA BIS S.A. przedłożył stosowne wyjaśnienia pismem z dnia 11 września 2023 r.

Zgodnie z informacją z dnia 21 września 2023 r. za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Value Media Sp. z o.o. Oferta wykonawcy SIGMA BIS S.A. została odrzucona. Zamawiający przedstawił obszernie uzasadnienie odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Uzasadnienie prawne:

KIO 2887/23:

Izba uznała odwołanie za zasadne.

Odnosząc się do pierwszej części argumentacji odwołania, tj. kwestii braku możliwości odrzucenia oferty z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny w zakresie wartości nie stanowiących ceny oferty, zdaniem Izby, nie zasługiwała ona na uwzględnienie. W pierwszej kolejności wskazać należy, że zdaniem Izby jest to argumentacja spóźniona – odnosząca się de facto do zagadnienia zasadności skierowania wezwania do złożenia wyjaśnień ceny. Kwesta ta została omówiona we wcześniejszej części uzasadnienia.

Również w zakresie merytorycznym, zdaniem Izby, argumentacja ta nie może się ostać. Zdaniem Izby sporne kryteria oceny ofert mają bez wątpienia charakter kosztowy. Zaoferowane przez poszczególnych wykonawców opusty wpływają

bezpośrednio na wysokość kosztów ponoszonych przez Zamawiającego ze stałej puli przeznaczonej na sfinansowanie zewnętrznych kosztów wykonania usług. Skoro tak, to wartości opustów zaoferowane w ramach przedmiotowego kryterium, również podlegają badaniu pod kątem ich rażąco niskiego charakteru. Zwrócić należy uwagę, że art. 224 ust. 1 ustawy PZP mówi nie tylko o badaniu ceny, ale również kosztu. Nie można więc zgodzić się z tezą postawioną przez Odwołującego, że Zamawiający nie mógł odrzucić jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Przechodząc dalej, zdaniem Izby, pozostała argumentacja przedstawiona przez Odwołującego była trafna, co doprowadziło do uwzględnienia odwołania. Głównym powodem, dla którego Zamawiający zdecydował się odrzucić ofertę Odwołującego było to, że zdaniem Zamawiającego, przedłożone wyjaśnienia ceny i załączone do nich dokumenty (dowody) są niekompletne. W szczególności Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przedłożył dowodów potwierdzających ceny zakupu określonych nośników uzyskanych od: firmy AMS S.A. oraz Stroer Polska Sp. z o.o. (dla formatu 6x3 backlight), firmy Stroer Polska Sp. z o.o. (dla formatu 12x3 frontlight) oraz od firmy Jet Line Sp. z o.o. (dla formatu 12x4 frontlight).

Zdaniem Izby Odwołujący przedłożył jednak wszystkie wymagane dokumenty i dochował należytej staranności w kompletowaniu dowodów wymaganych przez Zamawiającego. Wskazać należy, że w odpowiedzi na zapytanie Odwołującego zarówno firma AMS S.A. oraz firma Stroer Polska Sp. z o.o. wyraźnie wskazały, że nie udzielają podmiotom biorącym udział w postępowaniu przetargowym żadnych potwierdzeń dot. gwarancji cenowych czy też wartości rabatowych.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że nie można obciążać wykonawcy faktem, że ww. firmy prowadzą określoną politykę handlową, zgodnie z którą nie potwierdzają zaoferowanych cen/upustów. W szczególności, że w związku ze złożeniem ww. oświadczeń przez obie firmy, Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach na stronach 9 – 12 przedstawił szczegółowe wyliczenia odnośnie cen oferowanych przez te podmioty z uwzględnieniem ich oficjalnych cenników publikowanych na oficjalnych stronach tych podmiotów. Odwołujący wykazał się w tym zakresie należyłą starannością, a także wykazał sposób obliczenia przyjętej ceny/upustu. Zdaniem Izby Zamawiający w takiej sytuacji nie miał podstaw by wyciągać wobec wykonawcy negatywne konsekwencje.

Jeśli chodzi o oświadczenie firmy Jet Line Sp. z o.o., Izba również zgodziła się z argumentacją Odwołującego. W treści korespondencji został oznaczony zarówno Zamawiający jak i postępowanie o udzielenie zamówienia, na potrzeby którego oświadczenie jest złożone. Firma potwierdziła także ceny oferowane przez Odwołującego, a więc spełnione zostały wszystkie wymogi określone wezwaniem.

Dalej wskazać należy, że Izba po analizie wyjaśnień przedłożonych przez Odwołującego doszła do wniosku, że w dostatecznym stopniu uzasadniają one zaoferowaną cenę oraz rabaty oceniane w ramach kryteriów oceny ofert. W szczególności wyjaśnienia Odwołującego odpowiadają treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego oraz są poparte wymaganymi dowodami. Zamawiający nie miał więc podstaw by odrzucić ofertę Odwołującego i powinien uwzględnić ją w ramach powtórnej oceny ofert.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 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).

KIO 2888/23:

Izba uznała odwołanie i argumentację przedstawianą przez Odwołującego za zasadną.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zasada jawności jest jedną z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, która gwarantuje zachowanie w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i równego traktowania wykonawców. Co więcej, ugruntowanym już stanowiskiem jest, że ograniczenie jawności na gruncie prawa zamówień publicznych stanowi wyjątek, który wymaga ścisłej interpretacji.

Z przepisów art. 18 ust. 3 ustawy PZP oraz art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 – dalej jako: „ustawa uznk”) wynika, że dla skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa koniecznym jest wykazanie wraz z przekazaniem tych informacji, że faktycznie mają one charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Przesłanki, których wykazanie jest konieczne, opisane są w treści art. 11 ust. 2 ustawy uznk.

Jeśli chodzi o rozumienie pojęcia „wykazania” skład orzekający podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 5 sierpnia 2022 r. KIO 1915/22, że obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Tajemnica przedsiębiorstwa musi mieć charakter obiektywny, a brak przedstawienia przez wykonawcę w tym zakresie dowodów podważa wiarygodność samych oświadczeń wykonawcy. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach winien odnieść się do każdej informacji jak również do każdego z dokumentów osobno i dla każdego z nich osobno wykazać, jakie z informacji zawartych w wyjaśnieniach oraz danych dokumentach mają charakter tajemnicy i dlaczego (tak też: wyrok KIO z dnia 12 maja 2023 r., KIO 1196/23).

Przechodząc od powyższych ogólnych uwag do oceny dokonanej przez wykonawcę Value Media Sp. z o.o. zastrzeżenia Formularza opustów oraz cen, a także wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Izba pragnie wskazać, iż wykonawca ten nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje spełniają przesłanki niezbędne do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym czynność Zamawiającego utrzymująca w mocy dokonane zastrzeżenie była błędna.

W pierwszej kolejności odnosząc się do zastrzeżenia z dnia 16 sierpnia 2023 r. Izba pragnie wskazać, że wyjaśnienia te nie wykazują wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Złożone wyjaśnienia do wartości gospodarczej zastrzeżonego wykazu opustów i cen odnoszą się tak naprawdę w jednym fragmencie, tj. wykonawca oświadcza, że jego zdaniem informacje te wartość taką posiadają, gdyż „*wysokość, wynegocjowanych na przestrzeni lat i w ramach rosnącego obrotu, cen i opustów mediów oferowanych poszczególnym domom mediowym, w tym Value Media, jest kluczową informacją dla powodzenia ich biznesu i ma dla nich wymierną wartość gospodarczą. Wyniki każdego z domów mediowych mogą być w tym zakresie różne, a dokładna informacja o wysokości cen i opustów oferowanych przez dostawcę konkurencji mogłaby znacząco i bez rynkowego uzasadnienia ułatwić działanie konkurentów, np. w ramach negocjacji handlowych, a tym samym pogorszyć pozycję Value Media. Sytuacja taka stanowiłaby z pewnością naruszenie zasad uczciwej konkurencji.*”

Wskazać jednak należy, że samo zapewnienie wykonawcy o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji nie jest wystarczające dla uznania, że wartość ta została przez niego wykazana, a tym samym, że istnienie możliwość utajnienia informacji. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 69/22, w którym stwierdzono, że: *Nie wystarcza zatem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także 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 umówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać.*

Wykonawca tak naprawdę w żaden sposób nie tłumaczy, jak ujawnienie informacji o wysokości opustów i cen mogłoby faktycznie wpłynąć na jego pozycję konkurencyjną – jego zapewnienia mają charakter czysto hipotetyczny i co istotne – nie wykazany. Użyte przez wykonawcę sformułowania mają charakter ogólny i mogłyby zostać użyte w jakimkolwiek postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym uznać należy, że wykonawca nie wykazał przesłanki wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

Dalej wskazać należy, że wykonawca nie wykazał również, aby podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania w poufności zastrzeżonych informacji. Wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu dla wykazania ww. przesłanki żadnego dowodu, opierając się jedynie na oświadczeniu. Zamawiający w takiej sytuacji nie powinien bezrefleksyjnie przychylić się do stanowiska wykonawcy. To, czy dane informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno każdorazowo podlegać indywidualnemu badaniu przez Zamawiającego w kontekście spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy uznk. Zamawiający oceniając zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa opiera się wyłącznie na ich treści i właśnie z treści wyjaśnień powinno wynikać spełnienie każdej z przesłanek. Samo oświadczenie wykonawcy nie jest wystarczające dla uznania, że podejmuje on działania mające na celu utrzymanie w poufności danych informacji. Powszechną praktyką w tego typu sytuacjach jest załączanie do wyjaśnień różnego rodzaju dowodów, jak choćby polityk poufności, oświadczeń pracowników czy też opisywanie warunków zarządzania informacjami tajnymi w organizacji. Wykonawca Value Media Sp. z o.o. nie podjął nawet próby wykazania, że faktycznie działania takie podejmuje. Tym samym ochrona zastrzeżonych przez niego informacji nie zasługuje na utrzymanie.

Podsumowując należy podzielić stanowisko wyrażone przez Odwołującego, że lakoniczna treść wyjaśnień z dnia 16 sierpnia 2023 r. nieoparta dowodami w zakresie zasadności zastrzeżenia części oferty powinna prowadzić do

odtajnienia dokumentów. Wykonawca Value Media Sp. z o.o. nie wykazał bowiem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a ponadto nie wykazał w tym zakresie staranności poprzez zaniechanie przedstawienia jakichkolwiek dowodów. Tym samym stanowisko Zamawiającego o objęciu tych informacji poufnością jest nieprawidłowe, a informacje powinny zostać ujawnione.

Konsekwencją powyższego stanowiska jest to, że również zastrzeżenie dokonane wobec wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy uznać za nieskuteczne. Zdaniem składu orzekającego, fakt że wykonawca zastrzegając tajemnicę wyjaśnień rażąco niskiej ceny odwołuje się do zastrzeżenia dokonanego wobec treści oferty, świadczy o tym, że wyjaśnienia te mają charakter ogólny, blankietowy – możliwy do zastosowania w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i nie odnoszą się w sposób zindywidualizowany do zastrzeganych informacji. Powyższe świadczy o wadliwości dokonanego zastrzeżenia oraz o nieprawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na jego ocenie, a tym samym o zasadności zarzutów odwołania, które należało w całości uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 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).

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....