

Sygn. akt: KIO 3497/21

WYROK

z dnia 13 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 10 grudnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez **wykonawcę ATOS sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Politechnikę Łódzką, Wydział Inżynierii Procesowej i Ochrony Środowiska z siedzibą w Łodzi**

przy udziale **wykonawcy J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Koncesjonowane Biuro Ochrony MAGNUM J. S. z siedzibą w Łodzi** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawcę J.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Koncesjonowane Biuro Ochrony MAGNUM J. S. z siedzibą w Łodzi, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień dotyczących ceny oferty z dnia 16 listopada 2021 r. wraz z załącznikami, po dokonaniu anonimizacji danych osobowych zawartych w ww. dokumentach.**
- 2. Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Koncesjonowane Biuro Ochrony MAGNUM J. S. z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy pzp – podniesione na wypadek nieuwzględnienia zarzutów dotyczących zaniechania ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny – pozostawia bez rozpoznania.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Politechnikę Łódzką, Wydział**

Inżynierii Procesowej i Ochrony Środowiska z siedzibą w Łodzi i

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ATOS sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od zamawiającego Politechniki Łódzkiej, Wydział Inżynierii Procesowej i Ochrony Środowiska z siedzibą w Łodzi na rzecz wykonawcy ATOS sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Łódzka, Wydział Inżynierii Procesowej i Ochrony Środowiska z siedzibą w Łodzi - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Świadczenie usługi ochrony obiektów Wydziału Inżynierii Procesowej i Ochrony Środowiska Politechniki Łódzkiej”, nr postępowania: W9/ZP/03/2021. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 października 2021 r., za numerem 2021/BZP 00243724/01.

W dniu 29 listopada 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca ATOS sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Koncesjonowane Biuro Ochrony MAGNUM J. S. z siedzibą w Łodzi – dalej Przystępujący lub Koncesjonowane Biuro Ochrony MAGNUM,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty Koncesjonowanego Biura Ochrony MAGNUM pomimo tego, że oferta zawierała rażąco niską cenę - co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 3) zaniechania ujawnienia całości wyjaśnień złożonych przez Koncesjonowane Biuro Ochrony MAGNUM (kalkulacja ceny i innych załączników) złożonych przez w/w Wykonawcę w trybie art. 224 ustawy pzp,
- 4) naruszenia zasady równego traktowania Wykonawców oraz zasady jawności poprzez nieuzasadnione utajnienie wyjaśnień Koncesjonowanego Biura Ochrony MAGNUM co spowodowało, że weryfikacja merytoryczna przedmiotowej oferty nie jest możliwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

- art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy pzp, art. 74 ust. 1 ustawy pzp w zw. za art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę Koncesjonowane Biuro Ochrony MAGNUM jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień (w szczególności kalkulacja ceny oraz załączniki do wyjaśnień) złożonych w trybie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy pzp, a co za tym idzie nieuzasadnionym utajnieniu tych dokumentów przez Zamawiającego i w konsekwencji zaniechanie ujawnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny,

- art. 226 ust. 1 pkt 5, 7, i 8 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Koncesjonowane Biuro Ochrony MAGNUM w sytuacji, gdy cena złożonej oferty była rażąco niska i stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji poprzez zaniżenie kosztów realizacji usługi co wypełnia przesłankę utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców – zarzut ewentualny w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym na posiedzeniu,

- art. 18 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - co przejawiało się w utajnieniu informacji i dokumentów, które nie powinny zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także wyborem jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 24 listopada 2021 r.;
- 2) odtajnienia wyjaśnień Wykonawcy Koncesjonowanego Biura Ochrony MAGNUM z siedzibą w Łodzi zawierających informacje w zakresie czynników cenotwórczych oraz sposobu wyliczenia cen jednostkowych oraz ceny całkowitej oferty;
- 3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem odtajnienia wyjaśnień oraz rzetelnej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny, istotnych elementów oferty i odrzucenia oferty Koncesjonowanego Biura Ochrony Magnum z powodu rażąco niskiej ceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty ATOS sp. z o.o.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że przepis art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy pzp owszem zawiera uprawnienie Zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia jednak z uprawnienia tego zamawiający może skorzystać tylko i wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. W ust. 3 powyższego przepisu ustawodawca zakazuje Zamawiającemu udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzeże nie później niż w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że informacje te nie mogą być

udostępnione. Zamawiający jest zatem zobowiązany do samodzielnej oceny czy zachodzą przesłanki określone w ustawie uprawniające do ograniczenia jawności, natomiast w przypadku stwierdzenia, że zastrzeżenie tajności informacji jest bezpodstawne, Zamawiający ma obowiązek odtajnić te informacje i udostępnić je jako jawne informując o tym wykonawcę. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 11 ust. 2 definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako „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”. Nie można jednak tracić z pola widzenia, iż dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa - na ramach prawa zamówień publicznych - koniecznym jest wykazanie przez wykonawcę, że łącznie ziszczyły się przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uзнk. Obowiązek „wykazania przez Wykonawcę” oznacza jednak coś więcej aniżeli samo oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Pod tym pojęciem należy rozumieć nie tylko złożenie samego oświadczenia, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa ale także – w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego - udowodnienie lub co najmniej uprawdopodobnienie ziszczenia się przesłanek wynikających z art. 11 uзнk. Powołał się na wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2018 r. Niezbędne jest nie tylko sprecyzowanie rodzaju informacji, ale przede wszystkim wykazanie przez wykonawcę, iż posiada ona konkretną wartość gospodarczą oraz, że wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie w poufności takiej informacji. Rolą Zamawiającego w takim przypadku jest przeprowadzenie każdorazowo indywidualnego badania, odnoszącego się do każdego z dokumentów zastrzeżonych. Celem weryfikacji powinno być rozstrzygnięcie kwestii, czy spełnione zostały wszystkie przesłanki konieczne do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, iż Zamawiający w całości odmówił Odwołującemu zapoznania się z wyjaśnieniami MAGNUM – tak więc żaden element kalkulacji czy też wyjaśnień, dowodów, dokumentów nie został mu ujawniony. Trudno zatem uznać, iż każdy element wyjaśnień złożonych przez wybranego Wykonawcę w celu wyjaśnienia ceny w ramach 224 ustawy pzp stanowił tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący ma uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości działania Zamawiającego w tym zakresie. Działania Zamawiającego polegające na uznaniu powyższego zastrzeżenia za skuteczne ograniczają bowiem w istocie prawo Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej w niniejszym postępowaniu. Tym samym naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art.

226 ust. 1 pkt 5,7 i 8 ustawy pzp nastąpiło m.in. poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień firmy MAGNUM w sprawie rażąco niskiej ceny oferty, mimo, że:

- wyłącznie niektóre z informacji zawartych w wyjaśnieniach mogłyby ewentualnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter wyłącznie jednorazowy, dostosowany do przedmiotowego postępowania.

Odwołujący wskazał dalej, iż w wyjaśnieniach MAGNUM zostały utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa m.in. informacje w zakresie:

- liczby osób (pracowników) skierowanych do realizacji zamówienia,
- czasu pracy osób (pracowników) skierowanych do realizacji zamówienia,
- kosztów pracy godzinowych jednego pracownika (koszty te są ogólnie znane, bowiem oczywistym jest, że przy tak niskiej cenie oferty, wykonawca nie mógł założyć w kalkulacji innego wynagrodzenia niż minimalne wynagrodzenie za pracę),
- dotyczące wykorzystywanego przez wykonawcę wyposażenia do realizacji zamówienia.

Utajnienie ww. wyjaśnień w całości uniemożliwia de facto jakąkolwiek weryfikację w przedmiocie merytorycznego zakwestionowania kalkulacji ceny zaproponowanej przez wybranego wykonawcę (w ocenie Odwołującego ujawnienie nawet niewielkiej ich części wiązałoby się z negatywnymi skutkami dla MAGNUM albowiem Odwołujący mógłby łatwo podważyć wyliczenia cenowe i ujawnić rażąco niską cenę w ofercie). Ponadto, w ocenie Odwołującego informacje utajnione przez MAGNUM nie spełniają przesłanek umożliwiających uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący ma tu na myśli chociażby koszty osobowe oraz liczbę osób zaangażowanych w realizację zamówienia - w związku ze szczegółowymi wymogami Zamawiającego określonymi w SWZ – informacje są wytwarzane na potrzeby konkretnego zamówienia, w którym określono konkretne wymogi co do zatrudnienia- w tym przypadku wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, bez możliwości zatrudnienia do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych. Oznacza to, że są to informacje oparte na danych powszechnie dostępnych, tj. na przepisach rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej i Kodeksu pracy. Jeśli chodzi o wynagrodzenie minimalne, na którym MAGNUM - w związku z art. 224 ust. 1 pzp –zgodnie z przepisami prawa powinien oprzeć kalkulację swojej oferty i wyjaśnienia, to jest ono ogólnie znane. Także inne obligatoryjne koszty pracy, które MAGNUM winien

uwzględnić w wyjaśnieniach, a które wynikają z wymogów Kodeksu pracy (koszty urlopów, zastępstw, zapewnienia odzieży ochronnej; szkoleń BHP, zapewnienia środków ochrony osobistej) są powszechnie znane. W związku z powyższym, treść utajnionych wyjaśnień, jeśli została skonkretyzowana i oparta o przepisy rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej oraz Kodeksu pracy, to nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na powszechną znajomość tych przepisów. W ocenie Odwołującego - w świetle powyższego działanie Zmawiającego należy uznać za nieprawidłowe a zarzut ten jest zatem w pełni uzasadniony.

Przechodząc do rozważań złożenia przez Koncesjonowane Biuro Ochrony MAGNUM oferty zawierającej rażąco niską cenę Odwołujący wskazał na treść art. 224 ust. 1 i 3 ustawy pzp oraz podniósł, że łączna cena ofertowa brutto 712 158,33 zł Wykonawcy - Koncesjonowane Biuro Ochrony MAGNUM - daje średnio 23,10 zł netto za 1 rbh – co oznacza, że została wybrana oferta na realizację przedmiotu zamówienia poniżej ustawowych kosztów minimalnych wynagrodzenia pracownika, a co za tym idzie poniżej kosztów wytworzenia usługi. Odwołujący podkreślił, że: 1. Zamawiający przeznaczył na realizację w/w zamówienia dużo wyższą kwotę tj. 850.000,00 zł., 2. realizacja zamówienia została określona na okres 12 miesięcy czyli przy braku możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia), 3. sprecyzowany został wymóg zatrudnienia pracowników ochrony wyłącznie na podstawie umowy o pracę – każda wypracowana godzina w ramach umowy o pracę, 4. sprecyzowany został zakaz delegowania do pracy osób (pracowników ochrony) z orzeczoną stopniem niepełnosprawności – co oznacza brak możliwości uzyskania dofinansowania. Tym samym realizacja usługi za cenę wskazaną przez wybranego Wykonawcę - przy spełnieniu wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów - jest niewykonalna zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych. Odwołujący wskazał na ogólne wyliczenia kosztów pracy jednej godziny pracy pracownika ochrony na rok 2022 - która kształtuje się na poziomie 26,01 zł, przy pracy również w godzinach nocnych czy też stawce 24,38 zł przy pracy tylko w godzinach dziennych (a bez uwzględnienia kosztów PPK- nie każdy pracownik przystępuje do tego programu wynosi 25,72 zł z godzinami nocnymi czy też 24,11 zł godziny dzienne). Odwołujący załączył do odwołania przygotowany przez Polski Związek Pracodawców Ochrona kalkulator kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony- rok 2022. Wskazał, że wyliczenie to odnosi się do najczęstszego schematu ochrony- ochrony całodobowej, gdzie 1/3 godzin przypada w godzinach nocnych, za które należy się pracownikowi dodatek. W przypadku postępowania na ochronę PŁ Wydział Inżynierii Procesowej i Ochrony Środowiska mamy tutaj podział na posterunki gdzie jest tylko praca na dzień, jak też posterunki, gdzie prawie wszystkie godziny pracy to godziny nocne (praca na

obiekcie od 21.30 a od godziny 22.00 mamy już pracę z dodatkiem za godziny nocne). MAGNUM w swojej ofercie wskazał stawkę dzienną (ochrona budynków w godz. 6.00-21.30 lub w godz. 6.00 -13.30)- 22,70 zł oraz stawkę nocną (ochrona budynków w godz. 21.30-6.00)- 24,25 zł. W ocenie Odwołującego wybrany Wykonawca nie uwzględnił nawet obowiązujących cen i kosztów pracy od 2022 roku wynikających z wymogu zrealizowania zamówienia w oparciu o umowy o pracę z jednoczesnym uniemożliwieniem skierowania do realizacji zamówienia osób z orzecznym stopniem niepełnosprawności, a w związku z tym brakiem możliwości skorzystania z dotacji lub dofinansowania (przy wymogu zamawiającego co do pełnej sprawności psychofizycznej wszystkich pracowników ochrony została wyeliminowana możliwa oszczędność w związku z dofinansowaniem wynagrodzeń osób niepełnosprawnych). Ponadto Wykonawca powinien uwzględnić w szczególności koszty takie jak koszt umundurowania (Wykonawca ten obecnie realizuje ochronę na tym obiekcie więc jego koszt umundurowania mógłby być mniejszy, ale powinien założyć chociażby niewielki koszt w tym zakresie dla ewentualnych nowych pracowników, gdyż branża ochrony znana jest z dużej rotacji pracowników), telefonów komórkowych- comiesięczne abonamenty, kosztów płacy koordynatora, wadium czy też gwarancji należytego wykonania kontraktu. Nie mówiąc już o kosztach ogólnozakładowych czy też jakiegokolwiek zysku z kontraktu. Cena zaoferowana przez wybranego Wykonawcę jest zatem niższa od minimalnych kosztów realizacji zamówienia. Na marginesie wskazał, że sam Zamawiający na realizację zamówienia również przeznaczył znacznie wyższą kwotę. Zaznaczył, iż oferty w niniejszym postępowaniu złożyły jeszcze inne firmy, które zaproponowały następujące ceny z zaznaczeniem, iż były to ceny wyższe aniżeli zaproponował wybrany Wykonawca. I tak: 1. Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o., Obywatelska 201, 94-111 Łódź - łączna cena ofertowa brutto 767 512,62 zł brutto - co daje średnio 24,90 zł netto za 1 rbh 2. STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa - łączna cena ofertowa brutto 715 754,22 zł brutto - co daje średnio 23,22 zł netto za 1 rbh 3. MM SERVICE MONITORING SP. Z O.O., TRYBUNALSKA 21, 95-080 KRUSZÓW - łączna cena ofertowa brutto 719 753,20 zł brutto - co daje średnio 23,35 zł netto za 1 rbh. Również i te firmy zostały wezwane do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie wyjaśnienia ceny. Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o. i MM SERVICE MONITORING SP. Z O.O., zostały odrzucone z uwagi na niezłożenie wyjaśnień. Natomiast STEKOP S.A., złożyło wyjaśnienia w którym wskazało iż zaproponowana przez nich cena (która i tak była wyższa od MAGNUM) jest za niska i uniemożliwia realizację kontraktu - co w konsekwencji też skutkowało jego odrzuceniem. Takie działanie wymienionych powyżej uczestników przetargu potwierdza wyraźnie, że zaproponowali kwoty, za które nie da się zrealizować tego zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, tym bardziej nie może zrealizować tego należycie, przy

zaoferowanej kwocie, firma MAGNUM. Mając na uwadze powyższe tj. złożenie oferty zawierającej wyżej wskazane stawki godzinowe Odwołujący uznał to za działanie celowe, ukierunkowane na utrudnienie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usługi poniżej kosztów jej świadczenia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Proponowane warunki cenowe związane z wykonaniem zamówienia w znaczący sposób odbiegają od przyjętych reguł rynkowych oraz poddają pod wątpliwość realność i opłacalność złożonej oferty. Wskazał, iż to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zweryfikowania oferty zarówno pod względem formalnym jak również merytorycznym, a brak właściwej kontroli nie może jednak doprowadzić do naruszenia podstawowych zasad zamówień publicznych tj. zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W dniu 10 grudnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Koncesjonowane Biuro Ochrony MAGNUM J. S. z siedzibą w Łodzi. Przystępujący nie stawiał się na posiedzenie i rozprawę pomimo prawidłowego powiadomienia.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowód: Kalkulator kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony rok 2022 Polskiego Związku Pracowników Ochrony), odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowód: umowa z 2019 r. na usługi ochrony), zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego (lista

przypadków pomocy DE MINIMIS otrzymanej przez Przystępującego) oraz Zamawiającego (umowa o dofinansowanie objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem 4 SWZ po modyfikacji z dnia 2 listopada 2021 r.: *„Rozdział 4. Opis przedmiotu zamówienia. 1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi ochrony obiektów Wydziału Inżynierii Procesowej i Ochrony Środowiska Politechniki Łódzkiej w okresie od dnia 1 grudnia 2021 r. od godziny 6:00 do dnia 1 grudnia 2022 r. do godziny 6:00 według wykazu stanowiącego załącznik nr 1. (...) 7. Pracownicy ochraniający obiekty w trakcie pełnienia służby występować będą w umundurowaniu ustalonym z Zamawiającym oraz będą na umundurowaniu posiadać odpowiednie identyfikatory. 8. Zamawiający wymaga, aby pracownicy świadczący usługi w zakresie fizycznej, bezpośredniej ochrony obiektu, byli w okresie realizacji umowy zatrudnieni przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r., poz. 1040). 9. Zamawiający wymaga, aby osoby świadczące usługi w zakresie fizycznej, bezpośredniej ochrony obiektu posiadały wysoką sprawność fizyczną i kulturę osobistą oraz aktualne badania lekarskie, brak ograniczeń psychofizycznych stwierdzonych orzecznym stopniem niepełnosprawności. 10. Wykonawca zapewni wsparcie Grupy Interwencyjnej składającej się z licencjonowanych pracowników ochrony. Interwencja będzie podejmowana na wezwanie pracowników ochrony stacjonarnej. 11. Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania umowy przez Wykonawcę w zakresie fizycznej, bezpośredniej ochrony obiektów Wydziału Inżynierii Procesowej i Ochrony Środowiska. 12. Zamawiający dopuszcza podwykonawstwo w zakresie działania grupy interwencyjnej.”*

W myśl Rozdziału 21 SWZ: Sposób obliczania ceny: *„1. Podana w ofercie cena musi być wyrażona PLN. 2. Cena oferty ma charakter ryczałtowy 3. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. 4. Wykonawca w Formularzu ofertowym wskazuje cenę za realizację zamówienia. 5. Cena*

ryczałtowa wymieniona w formularzu OFERTY NA WYKONANIE ZAMÓWIENIA nie podlega zmianie. 6. W Formularzu OFERTA NA WYKONANIE ZAMÓWIENIA Wykonawca winien określić wartość netto za wykonanie przedmiotu zamówienia, obliczyć wartość podatku VAT oraz cenę brutto. 7. Wykonawca powinien wyliczyć cenę Oferty brutto, tj. wraz z należnym podatkiem VAT w wysokości przewidzianej ustawowo. 8. Cena Oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku i obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia. 9. Cena ryczałtowa określona przez Wykonawcę nie będzie zmieniana w toku realizacji przedmiotu zamówienia za wyjątkiem sytuacji opisanych w postanowieniach umowy. 10. Wynagrodzenie określone w ust. 9 uwzględnia zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za prace oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, których wysokość została ustalona w 2022 roku rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. (Dz.U.2021,1690).”

W dniu 2 listopada 2021 r. Zamawiający dokonał sprostowania udzielonych odpowiedzi z dnia 28 października 2021 w związku z modyfikacją SWZ z dnia 2 listopada 2021:

Na pytanie nr 1: „Prosimy o udzielenie informacji czy usługa może być realizowana przez pracowników ochrony posiadających orzeczenie o niepełnosprawności? Czy Zamawiający dopuszcza świadczenie usług przez osoby niepełnosprawne w stopniu lekkim lub umiarkowanym? Udzielenie odpowiedzi jest istotne dla kalkulacji cenowej oferty przez Wykonawców.” Zamawiający odpowiedział: „Zgodnie z rozdziałem 4 SWZ pkt. 9 - modyfikacja z dnia 02.11.2021 Zamawiający wymaga, aby osoby świadczące usługi w zakresie fizycznej, bezpośredniej ochrony obiektu posiadały wysoką sprawność fizyczną i kulturę osobistą oraz aktualne badania lekarskie, brak ograniczeń psychofizycznych stwierdzonych orzeczeniem o niepełnosprawności.”

Na pytanie nr 2: „Zamawiający wymaga, aby osoby świadczące usługi w zakresie fizycznej, bezpośredniej ochrony obiektu posiadały wysoką sprawność fizyczną i kulturę osobistą oraz aktualne badania lekarskie, brak ograniczeń psychofizycznych stwierdzonych grupą inwalidzką.” Mając na uwadze nieprecyzyjność w/w zapisu proszę o odpowiedź na poniższe pytania: 1. Czy Zamawiający kategorycznie zabrania realizacji usługi przy pomocy osób posiadających status osoby niepełnosprawnej (niezależnie od stopnia niepełnosprawności)? Czy Zamawiający dopuszcza realizację usługi przy pomocy osób posiadających status osoby niepełnosprawnej lecz będących sprawnymi fizycznie i psychicznie (np. schorzenie metaboliczne, wzroku, inne itp.)?” Zamawiający odpowiedział: „Zgodnie z rozdziałem 4 SWZ pkt 9 modyfikacja z dnia 02.11.2021 Zamawiający wymaga, aby osoby świadczące usługi

w zakresie fizycznej, bezpośredniej ochrony obiektu posiadały wysoką sprawność fizyczną i kulturę osobistą oraz aktualne badania lekarskie, brak ograniczeń psychofizycznych stwierdzonych orzeczeniem o niepełnosprawności.”

Pismem z dnia 2 listopada 2021 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień treści SWZ:

Na pytanie nr 1: *„Czy Zamawiający wymaga by wykonawca do realizacji usługi skierował osoby zatrudnione wyłącznie na podstawie umowy o pracę?”* Zamawiający odpowiedział: *„Tak, Zamawiający wymaga zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę.”*

Na pytanie nr 2: *„Czy w przypadku zadeklarowania przez pracownika ochrony pracy powyżej pełnego etatu, Zamawiający oprócz wymogu umowy o pracę w pełnym wymiarze godzin, pozostawia w gestii Wykonawcy formę zatrudnienia w dodatkowym wymiarze roboczogodzin dla tego samego pracownika?”* Zamawiający odpowiedział: *„Zamawiający zastrzegł że usługa ma być realizowana przez pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, a zatem wszystkie roboczogodziny mają być realizowane na podstawie umowy o pracę.”*

Na pytanie nr 4: *„Czy Zamawiający dopuszcza do realizacji usługi osoby z orzeczoną stopniem niepełnosprawności”* Zamawiający odpowiedział: *„Zgodnie z modyfikacją zapisów SWZ oraz sprostowaniem do odpowiedzi z dnia 28.10.2021, Zamawiający nie wyraża zgody na wykonywanie zamówienia przez osoby z orzeczoną stopniem niepełnosprawności.”*

Na pytanie nr 8: *„W jakich godzinach ma przebywać koordynator na obiekcie Zamawiającego?”* Zamawiający odpowiedział: *„Zamawiający nie stawia wymogu przebywania koordynatora na obiekcie Zamawiającego.”*

Na pytanie nr 9: *„Czy koordynator ma być dedykowany pod kontakt tj. przebywać na obiekcie pracy każdego dnia?”* Zamawiający odpowiedział: *„Zamawiający nie stawia wymogu przebywania koordynatora na obiekcie Zamawiającego.”*

Na pytanie nr 12: *„W związku z zasadniczą rozbieżnością między treścią SWZ (zapisane w rozdziale 4 pkt 9) a odpowiedziami na pytania opublikowanymi w dniu 28.10.2021r., prosimy o jednoznaczną odpowiedź: Czy Zamawiający wymaga aby osoby świadczące bezpośrednie usługi ochrony fizycznej / pracownicy ochrony fizycznej, były osobami pełnosprawnymi, bez orzeczenia o niepełnosprawności, niezależnie od stopnia tej niepełnosprawności.”* Zamawiający odpowiedział: *„Zgodnie z modyfikacją zapisów SWZ oraz sprostowaniem do odpowiedzi z dnia 28.10.2021, Zamawiający nie wyraża zgody na wykonywanie zamówienia przez osoby z orzeczoną stopniem niepełnosprawności. Zamawiający wymaga aby osoby świadczące bezpośrednie usługi ochrony fizycznej / pracownicy ochrony fizycznej, były*

osobami pełnosprawnymi, bez orzeczenia o niepełnosprawności, niezależnie od stopnia tej niepełnosprawności.”

Zgodnie z informacją z dnia 25 października 2021 r. Zamawiający planuje przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę: 850 000,00 zł brutto.

Wartość szacunkowa zamówienia zgodnie z wnioskiem o wszczęcie postępowania została ustalona o planowane koszty (dotychczasowe faktury powiększona o wzrost minimalnego wynagrodzenia o pracę) i zgodnie z protokołem postępowania wynosiła: 691 056,91 zł netto.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 8 listopada 2021 r. w postępowaniu wpłynęło 6 ofert: oferta 1: 767 512,62 zł brutto, stawka netto za 1 osobogodzinę usługi: 24,90 zł, oferta 2: 715 754,22 zł brutto, stawka netto za 1 osobogodzinę usługi: 23,20 zł, oferta 3: 828 750,57 zł brutto, stawka netto za 1 osobogodzinę usługi: 26,86 zł, oferta 4 Odwołującego: 811 221,41 zł brutto, stawka netto za 1 osobogodzinę usługi: dzienna: 25,4 zł, nocna: 29,1 zł, oferta 5: 719 753,20 zł brutto, stawka netto za 1 osobogodzinę usługi: 23,36 zł, poz. 6 formularza ofertowego: 22,96 zł, oferta 6 Przystępującego: 712 158,33 zł brutto, stawka netto za 1 osobogodzinę usługi dzienna: 22,70 zł, nocna: 24,25 zł.

Pismem z dnia 10 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp do: *„złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez Państwa w przedmiotowym postępowaniu. 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 Wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,*

obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska.”

W dniu 16 listopada 2021 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, w których zastrzegł, że złożone informacje i dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 22 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wykazania tajemnicy pod rygorem uznania, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 23 listopada 2021 r. Przystępujący złożył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. (Izba nie ujawnia treści, gdyż uzasadnienie zostało uznane przez Zamawiającego, jako skutecznie zastrzeżone).

Pismem z dnia 24 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Ponadto Zamawiający poinformował o odrzuceniu trzech złożonych ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp. Dwóch Wykonawców nie udzieliło wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, natomiast jeden Wykonawca oświadczył, że oferta została nieprawidłowo skalkulowana i nie gwarantuje realizacji zamówienia zgodnie z OPZ.

Odwołujący pismem z dnia 19 listopada zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania, w tym wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego.

Pismem z dnia 24 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: *„że Wykonawca KBO Magnum zastrzegło informację dotyczącą wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W dniu 24.11.2021 Rady Prawni uznali zastrzeżenie dokumentu jako skuteczne. Informacje zawarte w treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień stanowią szczegółową kalkulację zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny. Zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i są przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami. Kalkulacja cenowa złożona przez wykonawcę powstała na potrzeby postępowania, a wykonawca ten wykazał, iż informacje te mają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości i podjął stosowne działania celem zachowania ich.”*

Artykuł 18 ust. 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.”

W myśl art. 74 ust. 1 ustawy pzp: „Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.”

Zgodnie z 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.”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”

Artykuł 15 ust. 1 pkt 1 UZNK stanowi: „1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.”

Na wstępie wskazania wymaga, że w świetle art. 11 ust. 2 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wskazać należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, mającą zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulatory wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. W odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK zasada ta doznaje ograniczenia, pod warunkiem, że wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może natomiast zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5, a więc o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte, a także cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Co istotne, aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK (wartość gospodarcza informacji, okoliczność, że nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą zostać spełnione łącznie. Jak wskazano w wyroku KIO 589/21 z dnia 22 marca 2021 r.: *„Dla zachowania poufności informacji konieczne jest to, aby nie była to informacja łatwo dostępna. W ocenie Izby odpadnięcie tej przesłanki powoduje, że informacja traci walor tajemnicy przedsiębiorstwa.”* Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od naczelnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazania wymaga, że transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Tym samym powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, a mianowicie konieczności ujawnienia części informacji dotyczących prowadzonej przez nich 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. Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę*

w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18).

Jak wynika z treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zwrócić uwagę na nałożony przez Ustawodawcę obowiązek *wykazania*, który oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za *wykazanie* nie może zostać uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 UZNK oraz do przywołania treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp. Ustawodawca w art. 18 ust. 3 ustawy pzp wskazał również na moment, w którym powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. Stwierdzenie: „jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał” oznacza, że wykazanie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, dla uznania skuteczności zastrzeżenia, musi nastąpić równocześnie ze złożeniem dokumentów zawierających tajemnicę.

Zaznaczyć 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 sporu przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane przez siebie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest też rolą zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem zamawiającego jest natomiast zbadanie, 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 (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2551/21 oraz KIO 2573/21).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba poddała ocenie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami

rażąco niskiej ceny w dniu 16 listopada 2021 r. Jak już zostało wskazane, wykazanie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa musi zostać zamawiającemu przedstawione w momencie przekazania informacji objętych zastrzeżeniem. Tym samym, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przekazane przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego w dniu 23 listopada 2021 r. należało uznać za spóźnione i z tych względów nie podlegające ocenie.

Zaznaczyć należy ponownie, że dla uznania skuteczności zastrzeżenia Przystępujący był zobowiązany wykazać wszystkie łącznie przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK. W ocenie Izby Przystępujący wystąpienia powyższych przesłanek nie wykazał, co czyni dokonane zastrzeżenie nieskutecznym. Izba zauważa, że Przystępujący ograniczył się de facto do subiektywnego stwierdzenia, że przekazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazania wymaga, że brak publikacji w ogólnodostępnych źródłach nie czyni jeszcze informacji poufnej, jeśli osoba zainteresowana pozyskaniem takich informacji może je łatwo uzyskać w drodze dostępu do informacji publicznej. Wykonawca w żaden sposób nie wskazał, jakie środki podjął celem zachowania informacji w poufności, nie przedstawił w tym zakresie dowodów, jak wewnętrzne regulaminy, polityki bezpieczeństwa, czy klauzule o zachowaniu w poufności. Co do ewentualnej szkody z uwagi na uzyskanie przewagi konkurencyjnej w przypadku ujawnienia takich informacji to wskazania wymaga, że okoliczność, iż zastrzeżone informacje zostały przygotowane indywidualnie na potrzeby danego zamówienia nie powodują automatycznie, że zasługują one na ochronę, gdyż okoliczność taka realizuje się w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym podmiot składa ofertę. Zasadności ich nieujawnienia nie można wywodzić z samego faktu podjęcia trudu w przygotowaniu oferty. Przystępujący nie wykazał żadnej przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK, w tym jaką przekazane informacje mają wartość gospodarczą. Nieskuteczność dokonanego zastrzeżenia dostrzegł również sam Zamawiający kierując do Wykonawcy wezwanie o wykazanie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa co do informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Niemniej jednak, jak już zostało podniesione, uzasadnienie przedstawione po terminie złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie mogło konwalidować dokonanego zastrzeżenia i uznania go za zasadne.

Z powyższych względów Izba uznała, że Zamawiający naruszył podniesione w odwołaniu przepisy ustawy pzp i nakazała ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego wraz z załącznikami. Podkreślić należy, że przekazane informacje zawierają dane osobowe podlegające ochronie na podstawie ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych oraz rozporządzeniem RODO, dlatego też Izba nakazała ujawnienie

wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami po dokonaniu ich anonimizacji.

Izba uznała w ślad za stanowiskiem przedstawionym w wyroku KIO 807/21, że wobec przepisów regulujących wnoszenie środków ochrony prawnej, dla skuteczności orzeczenia i sanacji działania Zamawiającego, konieczne jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie, biorąc pod uwagę fakt, że w konsekwencji Odwołujący będzie mógł negocjować wyjaśnienia Przystępującego oraz poziom zaoferowanej przez niego ceny, co może doprowadzić do weryfikacji badania oferty Przystępującego, Izba stwierdziła, że powyższe może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem spełniła się przesłanka art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

W związku z uwzględnieniem zarzutów dotyczących zaniechania ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego Izba – zgodnie z wnioskiem Odwołującego złożonym na posiedzeniu – pozostawiła bez rozpoznania zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy pzp, podniesione z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia zarzutu zaniechania ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego. Izba, jak zostało podniesione wyżej, dla zapewnienia skuteczności ewentualnych przyszłych środków ochrony prawnej, nakazała w sentencji unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 7.500,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: