

Sygn. akt: KIO 1884/18

WYROK
z dnia 5 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel – Kowalczyk

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie 3 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 września 2018 r. przez wykonawcę **DGT Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Energa – Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku**,

przy udziale wykonawcy **MindMade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, oraz

przy udziale wykonawcy **Integrated Solution Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 w związku z art. 8 ust. 3 Pzp i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ujawnienie informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zastrzeżonych przez wykonawcę MindMade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie: zrzutów ekranu, zapisu audiowizualnego, logów – sporządzonych podczas prezentacji routera demonstracyjnego w celu dokumentacji jej przebiegu, instrukcji do routera demonstracyjnego oraz wyjaśnień składanych w trakcie prezentacji, **w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Energa – Operator S.A.** z siedzibą w Gdańsku i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **DGT Sp. z o.o.** z siedzibą w Straszynie, tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od zamawiającego **Energa – Operator S.A.** z siedzibą w Gdańsku na rzecz odwołującego **DGT Sp. z o.o.** z siedzibą w Straszynie, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kwoty uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztu zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t.. Dz.U.2017.1579, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Energa – Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa routerów 2G/3G/4G (LTE)”, znak postępowania: P/1/0018/2018, (dalej: „Postępowanie”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.07.2018 r., pod nr 2018/S 125-286453.

20 września 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy DGT Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie (dalej „Odwołujący” lub „DGT”), od czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust.1 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona;
- 2) art.8 ust. 2 w związku z ust. 3, z uwagi na niewskazanie przez MindMade Sp. z o.o. podstaw do utajnienia przekazanych informacji jako spełniających wymogi tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w wyniku czego wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa;
- 3) art. 8 ust.3 Pzp, z uwagi na przekroczenie ustawowego terminu do złożenia zastrzeżenia w zakresie utajnienia informacji przedstawionych przez MindMade Sp. z o.o. podczas prezentacji spełnienia wymagań przez Router demonstracyjny;
- 4) art. 90 ust. 2 Pzp poprzez przyjęcie wyjaśnień MindMade Sp. z o.o. jako udowadniających, iż oferta tego Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty MindMade Sp. z o.o. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty MindMade Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie badania i oceny ofert w tym:
 - odtajnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez MindMade Sp. z o.o.,

- odrzucenie oferty złożonej przez MindMade Sp. z o.o. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,
 - wybór oferty DGT Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- 3) obciążenie Zamawiającego, w całości kosztami postępowania przez Krajową Izbą Odwoławczą.

Uzasadniając odwołanie, Odwołujący podał co następuje.

1. Zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny MindMade Sp. z o.o.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO oraz treścią przepisów Pzp, podstawową zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność, natomiast możliwość utajnienia określonych informacji, w szczególności wypełniających definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest wyjątkiem od tej zasady. Tym samym obowiązek udowodnienia, wykazania ziszczenia się okoliczności uprawniających do utajnienia informacji ciąży wyłącznie na MindMade Sp. z o.o., gdyż informacje te dotyczą właśnie tego Wykonawcy.

Jest to o tyle istotne, iż brak dostępu do informacji uniemożliwia innym wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu, działającym na tym samym rynku, a więc posiadającym często większą niż Zamawiający wiedzę i doświadczenie, weryfikację zgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia czy też ocenę tego, czy zaoferowana cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej.

W przedmiotowym postępowaniu, udostępnione Odwołującemu jak i przekazane Zamawiającemu wyjaśnienia powodów utajnienia w pismach z dnia 16 sierpnia 2018 r., 03 września 2018 r. i 07 września 2018 r. nie dają podstaw do uznania, że spełniły się ustawowe przesłanki wskazane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jedną z tych przesłanek jest udowodnienie, iż w stosunku do określonych informacji przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. W tym zakresie MindMade Sp. z o.o. wskazała na następujące działania:

- stosowanie polityki ochrony informacji, zawierającej odpowiednie klauzule czy umowy o poufności,
- ograniczenie dostępu kręgu pracowników do informacji,
- zastosowanie zaawansowanych mechanizmów bezpieczeństwa w sieci Intranet poprzez stosowanie ograniczenia dostępu wyłącznie określonego kręgu pracowników,
- zaimplementowanie wysokiej klasy zapory sieciowej (oprogramowanie firewall) celem zabezpieczenia niepożądanego działania ze strony sieci Internet.

Odwołujący podniósł, że treść udostępnionych wyjaśnień w zakresie podstaw do utajnienia

nie pozwala przypuszczać, iż MindMade Sp. z o.o. załączyła jakiegokolwiek dowody wskazujące na korzystanie z powyższych zabezpieczeń i wykazujące ich zastosowanie w stosunku do informacji odnoszących się do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, iż ocena wyjaśnień stanowiących wykazanie spełnienia przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym przesłanki podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności, ma charakter zindywidualizowany. Tym samym sama informacja o posiadaniu przez dany podmiot ogólnych środków bezpieczeństwa w postaci zainstalowania wysokiej klasy oprogramowania firewall, stosowanie ścieżki dostępu wyłącznie dla ograniczonego kręgu pracowników, nie daje samo w sobie, (bez udowodnienia stosowania tych środków do tych, konkretnych i przekazanych Zamawiającemu informacji), prawa do ich utajniania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ten sam „mechanizm” widoczny jest w stosunku do przesłanki udowodnienia przez MindMade Sp. z o.o., iż przekazane informacje (techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa) posiadają znaczną wartość gospodarczą, zaś ich ujawnienie może narazić MindMade Sp. z o.o. na szkodę.

MindMade Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach podaje m.in., że „zapoznanie się podmiotów konkurencyjnych z naszymi urządzeniami, naszą strategią rynkową oraz stosowanymi rozwiązaniami może doprowadzić do znacznego pogorszenia pozycji konkurencyjnej, a co za tym idzie do utraty bardzo istotnych dla nas wartości gospodarczych i przewag konkurencyjnych spółki.”

Z uwagi na powyższe Odwołujący podniósł, iż bez dostarczenia stosownych dowodów dotyczących np. znacznego pogorszenia przewag konkurencyjnych MindMade Sp. z o.o. na rynku, utraty możliwości optymalizacji kosztów wytwarzania i strategii rynkowej, powyższe stwierdzenia MindMade Sp. z o.o. mają charakter ogólnikowy i gołosłowny. MindMade Sp. z o.o. nie przedstawiła żadnych dowodów na np., że cenniki kooperantów miały charakter zindywidualizowany, dedykowany dla przedmiotowego postępowania, korzystniejsze niż dla innych zainteresowanych wykonawców a konfiguracja sprzętu jest unikatowa i została dostosowana do wymogów tego konkretnego postępowania. Ponadto, MindMade Sp. z o.o. nie wskazała, na czym konkretnie polegają zabezpieczenia uniemożliwiające przedostanie się zastrzeganych informacji np. know-how tego Wykonawcy i jego kooperantów, do wiadomości publicznej i w jaki sposób ewentualne ujawnienie know-how do publicznej wiadomości pozwoli na poznanie przez innych uczestników rynku zaoferowanego przez Wykonawcę rozwiązania, spowoduje szkodę Wykonawcy i doprowadzi do uzyskania przez konkurentów przewagi rynkowej.

Analiza wyjaśnień MindMade Sp. z o.o., dokonana przez Odwołującego, w zakresie podstaw utajnienia przekazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazała, że mają one charakter blankietowy i niezindywidualizowany, mogą być wielokrotnie wykorzystywane do

różnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, bez względu na ich zakres i przedmiot. Tym samym, wyjaśnienia te nie mogą stanowić podstawy do skutecznego utajnienia przekazanych informacji ani też dowodów w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Przepis art. 8 ust. 3 Pzp stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca, który zastrzegł informacje podane, tak jak w niniejszej sprawie, w wyjaśnieniach dotyczących elementów ceny oferty, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać jednocześnie, że te zastrzeżone przez niego informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca w art. 8 ust. 3 Pzp odsyła do art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej też: uznk) w zakresie określenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z definicją ustawową, aby dana informacja była uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, niezbędne jest spełnienie dwóch warunków: po pierwsze spełnione muszą zostać przesłanki w zakresie charakteru informacji, a po drugie muszą zostać przez przedsiębiorcę podjęte działania w celu ochrony danych. Odwołujący podkreślił, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie.

Odwołujący wskazał, ponadto, że to Zamawiający bezwzględnie obowiązany jest do badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast, to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tym samym ukształtowany w Pzp obowiązek należy odczytywać jako podjęcie przez wykonawcę niezbędnych działań w celu utrzymania niejawności złożonych informacji, co stanowi również wymóg konieczny, zgodnie z art. 11 ust.4 uznk, do uznania, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa taką tajemnicę stanowią. Pamiętać bowiem należy, iż to na podmiocie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek dbania o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym przypadku działalności tego podmiotu. Zaniedbanie przez wykonawcę obowiązku utrzymania poufności danych informacji uniemożliwia powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów.

Jeżeli Wykonawca nie wykonał ciążących na nim obowiązków zgodnie z art. 8 ust.3 Pzp, to brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych informacji.

Odwołujący podkreślił, że to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie,

którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. Zasadą jest jawność postępowania, a więc wykonawca, składając poufną informację ryzykuje, że zostanie ona ujawniona, jeżeli nie podoła obowiązkowi wykazania, że dana informacja rzeczywiście zasługuje na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosowanych dowodów na tego potwierdzenie.

Tymczasem argumentacja zawarta w przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnieniach z dnia 16 sierpnia 2018 r. i 07 września 2018 r. oraz oświadczeniu z dnia 03 września 2018 r. dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez MindMade Sp. z o.o. jest lakoniczna i ogólnikowa, stanowi hasłowe odnośnienie się do blankietowych określeń takich jak, wiedza na temat procesu produkcyjnego konfiguracji sprzętu, jak również oprogramowania stanowi know-how Wykonawcy i jego kooperantów, ujawnienie informacji zawartych w elementach ofert pozwoli na poznanie przez innych uczestników rynku zaoferowanego przez Wykonawcę rozwiązania, spowoduje szkodę Wykonawcy i doprowadzi do uzyskania przez konkurentów przewagi rynkowej”.

Wykonawca zastrzegając określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, musi wykazać Zamawiającemu, że informacje te posiadają dla wykonawcy określone wartości gospodarcze, handlowe i inne, co może uczynić np. przez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej posiadającej ustaloną wartość, którą można oszacować i które to dobro przynależy do uprawnionego (tutaj MindMade Sp. z o.o.). Podkreślenia wymaga również, że wykonawca winien wykazać jaka szkoda materialna może mu zostać wyrządzona gdy tajemnice jego przedsiębiorstwa zostaną ujawnione podmiotom konkurencyjnym z rynku. Samo stwierdzenie, że ujawnienie informacji utajnionych może narazić MindMade Sp. z o.o. na szkodę - nie stanowi faktycznego wykazania szkody, którą mogłaby ponieść MindMade Sp. z o.o. na skutek braku utajnienia informacji w postępowaniu. W każdym przypadku, w którym wykonawca obejmuje ochroną dane informacje jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa koniecznym jest skuteczne wykazanie podstaw zastrzeżenia. Niezbędne jest zatem wykazanie Zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ujawnienie informacji jakie zastrzegł wykonawca jako tajemnicę przedsiębiorstwa może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatruje on szkodę, jak również wykazanie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Wskazać też należy w tym miejscu, iż MindMade Sp. z o.o. nie mogła skutecznie zastrzec tajemnicy informacji które stanowią własność innych podmiotów „oprogramowanie stanowi know-how Wykonawcy i jego kooperantów.”

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, Odwołujący skonstatował, że MindMade

Sp. z o.o. nie wykazała w złożonych zastrzeżeniach, ustawowych przesłanek do skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto, zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa z dnia 03 września 2018 r., przedstawionych podczas prezentacji spełnienia wymagań SIWZ przez Router demonstracyjny, zostało dokonane z naruszeniem terminu wskazanego w przepisie art.8 ust.3 Pzp.

Jak wynika z treści części C, punktu 5.5.1 SIWZ, każdy wykonawca składający ofertę w postępowaniu liczył się z obowiązkiem przeprowadzenia prezentacji oferowanego urządzenia i dostarczenia odpowiedniej instrukcji oraz składania wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień. Tym samym, termin do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa upłynął dla Wykonawcy z datą złożenia oferty w postępowaniu.

Dlatego też Odwołującego uznał zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust.2 i ust.3 Pzp za w pełni zasadny.

Z uwagi na powyższe Zamawiający, w ocenie Odwołującego, bezzasadnie nie ujawnił mu informacji Wykonawcy - MindMade Sp. z o.o., zawartych w jego wyjaśnieniach dotyczących zarzutu rażącej niskiej ceny, co stanowi oczywiste naruszenie prawa.

2. Zaniechanie odrzucenia oferty MindMade Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę.

Po analizie ofert złożonych w postępowaniu, Odwołujący stwierdził, że średnia arytmetyczna ofert złożonych w postępowaniu to kwota 12.956.384,53 zł, różnica pomiędzy średnią arytmetyczną cen pozostałych ofert w postępowaniu a ceną oferty MindMade Sp. z o.o. to kwota 4.347.358,69 zł.

Natomiast różnica pomiędzy średnią arytmetyczną cen ofert złożonych w postępowaniu a ceną oferty MindMade Sp. z o.o. to 33,60%.

Już samo porównanie tych cen, w ocenie Odwołującego wskazywało, iż cena zaoferowana przez MindMade Sp. z o.o. nosi znamiona ceny rażąco niskiej, gdyż jest ona oderwana całkowicie od realiów rynkowych.

Sam Zamawiający na podstawie zestawienia proponowanych cen w postępowaniu uznał, że cena zaproponowana przez MindMade Sp. z o.o. może być rażąco niska i z tego powodu dwukrotnie wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, przygotowane przez MindMade Sp. z o.o., Odwołujący domniemał, że Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów (np. ofert, umów z dostawcami elementów, umów dotyczących produkcji komponentów) na potwierdzenie realności zaproponowanych cen. Treść złożonych w postępowaniu wyjaśnień przez MindMade Sp. z o.o. nie obala domniemania rażąco niskiej ceny złożonej oferty.

Przesłane w postępowaniu wyjaśnienia MindMade Sp. z o.o., będące następstwem wezwań Zamawiającego z dnia 09 sierpnia 2018 r. i 05 września 2018 r. nie korespondują z oczekiwaniami Zamawiającego wyartykułowanymi w treści tych wezwań. Zamawiający podaje w nich, iż oczekuje od Wykonawcy m.in. „przedstawienia przekonującej argumentacji wraz z przytoczeniem zobiektywizowanych przesłanek pozwalających na skalkulowanie ceny na wskazanym przez Wykonawcę poziomie, wykazanie, że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie istotne czynniki oraz załączenie dowodów wspierających argumentację, Zamawiający oczekuje w szczególności wyjaśnień odnoszących się do cen poszczególnych składników wskazanych w tabeli w ofercie wykonawcy (C1-C3).” Wykonawca temu obowiązkowi stawianemu przez Zamawiającego nie sprostował ani w wyjaśnieniach z dnia 16 sierpnia 2018 r. ani w wyjaśnieniach z dnia 07 września 2018r. objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Treść złożonych wyjaśnień nie odpowiada żadnemu z oczekiwań Zamawiającego wyraźnie podanych w jego wezwaniach.

I tak w treści wyjaśnienia z dnia 16 sierpnia 2018 r. (str. 1 akapit 2) Wykonawca stwierdza, iż „zamawiający szacował cenę routera na poziomie prawdopodobnym do ceny jaką uzyskał w poprzednim postępowaniu z 2012 r. o numerze P/1/AZU/00034/12.”

Twierdzenie to jest całkowicie nieprawdziwe, gdyż Zamawiający dokonał szacowania wartości zamówienia w 2018 roku, przygotowując obecne postępowanie.

Odwołujący przyjął, iż MindMade Sp. z o.o., jako podmiot realizujący zamówienie w 2012 r., o numerze P/1/AZU/00034/12. złożyła, w 2017 r. (tak jak pozostali potencjalni wykonawcy) informację handlową obejmującą m.in. cenę dostawy routerów stacjonarnych 2G/3G/4G/LTE.

W ocenie Odwołującego, nie służyło wiarygodności wyjaśnień wymaganych przez Zamawiającego stwierdzenie MindMade Sp. z o.o. (str. 1 akapit 4 wyjaśnień z 16.08.2018 r.), „zamawiany obecnie przez Zamawiającego router jest urządzeniem znacząco tańszym od poprzedniego”.

Urządzeń z postępowania w 2012 r. o numerze P/1/AZU/00034/12 nie można w żaden sposób porównywać z urządzeniami oferowanymi w niniejszym postępowaniu. Urządzenia różnią się od siebie zdecydowanie technologią wytwarzania i wymaganiami Zamawiającego co implikuje użycie innych rozwiązań. Urządzenia dostarczane w 2012 r. to urządzenia technologii CDMA, urządzenia dostarczane w niniejszym postępowaniu to urządzenia technologii LTE, nie są to takie same urządzenia, o czym zdaje się zapominać w treści swoich wyjaśnień MindMade Sp. z o.o.

Nie sposób uznać, że wyjaśnienia MindMade Sp. z o.o., z dnia 16 sierpnia 2018 r. (str.1 akapit 4, tiret od 1 do 4) spełniają oczekiwania Zamawiającego. Podana przez tego Wykonawcę argumentacja nie wyjaśnia czy faktycznie cena zaproponowanego urządzenia

jest realna, pozbawiona domniemania ceny rażąco niskiej. W tej części wyjaśnień nie wskazano, w jakim zakresie (np. procentowo czy kwotowo) i w jakiej wielkości to obniżenie ceny oferty jest możliwe i rzeczywiste. Przedstawiona argumentacja poza ogólną informacją nie wskazuje, jakie ma znaczenie dla obniżenia ceny oferty. Zresztą sporządzone przez MindMade Spółkę z o.o. uzasadnienie dotyczące czynników decydujących o obniżeniu ceny nie jest poprawne i użyta argumentacja w wyjaśnieniu stara się wprowadzić Zamawiającego w błąd. Na potwierdzenie tego wniosku, Odwołujący pragnie zauważyć, że brak modułu radiowego dotyczy urządzeń oferowanych przez wszystkich wykonawców w przedmiotowym postępowaniu (tiret 1). Brak wymagania zasilania z 230VAC również dotyczy urządzeń oferowanych przez pozostałych wykonawców (tiret 2), z uwagi na powyższe ewentualne zmniejszenie kosztów laminatu PCB i montażu elektronicznego oferowanego urządzenia nastąpiło nie tylko u MindMade Sp. z o.o., ale i u Odwołującego i, przypuszczalnie, u pozostałych wykonawców (tiret 3).

Odwołujący jak i każdy z pozostałych wykonawców z pewnością przeprowadzają optymalizację ilości komponentów i ich ceny w kontekście także i oferowanego urządzenia, w przeciwnym wypadku żaden z wykonawców nie mógłby skutecznie kontynuować i rozwijać swojej działalności na rynku (tiret 4).

Odnosząc powyższe do złożonych wyjaśnień stwierdzić bezwzględnie należy, że MindMade Sp. z o.o. nie wskazała, jakie te wyjaśnienia mają znaczenie w wartościach ekonomicznych, nie przedstawiła żadnych kalkulacji na dowód, że proponowana cena urządzenia jest realna rynkowo i w związku z tym, nie jest rażąco niska.

Zatem wyjaśnienia te stanowią wyłącznie ogólną tezę i oparte są na blankietowych sformułowaniach Wykonawcy.

Ponadto, dla wyjaśnienia zastrzeżeń Zamawiającego, co do ceny rażąco niskiej oferowanego urządzenia, nie ma żadnego znaczenia porównywanie cen pozostałych urządzeń oferowanych w przedmiotowym postępowaniu ani też wskazanie, iż cena routera MindMade Sp. z o.o. jest niższa odpowiednio o 20 % i 29 % od cen podanych przez pozostałych Wykonawców (zdaniem Odwołującego takie różnice w wysokości cen są bardzo duże, wbrew stanowisku MindMade Sp. z o.o.)

Brak wymaganego uzasadnienia prezentowanego przez MindMade Sp. z o.o. stanowiska w sprawie cen przyjętych w ofercie tego Wykonawcy z pozycji C1 i C2, dyskwalifikuje te wyjaśnienia gdyż nie są zgodne z ich przeznaczeniem i nie spełniają celu stawianego jasno przez Zamawiającego.

Podobnie odnieść się należy do wyjaśnień MindMade Sp. z o.o. z dnia 07 września 2018r. (str.1 akapit 1 zd.5). Wykonawca zaniechał wyjaśnień warunków udziału jego kontrahentów w produkcji urządzenia i roli, która w tej produkcji tym kontrahentom przypada, albowiem

warunków współpracy z tymi podmiotami Wykonawca nie chciał na wezwanie Zamawiającego ujawnić. Przedstawiona argumentacja jest jedynie bardzo ogólnym jednym zdaniem, w którym wskazano przyczynę (początek zdania) i skutek (koniec zdania) bez jakiegokolwiek jednak merytorycznego uzasadnienia.

Odwołujący podniósł, że podstawowe znaczenie ma przepis art.190 ust.1a Pzp, wprowadzający szczegółową regulację kwestii rażąco niskiej ceny.

Zarzut Odwołującego sformułowany w niniejszym odwołaniu dotyczy m.in. nieprawidłowych czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny wyjaśnień elementów składowych ceny oferty, złożonych w postępowaniu.

Zasadą jest, że Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia wyjaśnień przez wezwanego wykonawcę. Temu służy procedura opisana w art.90 Pzp. Wykonawca winien Zamawiającemu podać wszystkie niezbędne informacje dotyczące wyliczenia zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania, w jakich dokonał tej kalkulacji, szczegółowe przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny takie jak upusty, korzystne warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen poniżej wartości zamówienia.

Wyjaśnienia jakie przedstawił wykonawca, powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Zauważyć należy, że informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację Zamawiający uzyskuje od wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień. Tym samym już w ramach składanych wyjaśnień wykonawca winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Odwołującego, złożone w sprawie przez MindMade Sp. z o.o. wyjaśnienia nie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego wadliwa. Tym samym, oferta MindMade Sp. z o.o. winna zostać odrzucona z uwagi na to, że złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej.

W tym miejscu Odwołujący podkreśla najbardziej aktualną tezę linii orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 Pzp, a tym samym ryzyku jakie poniesie wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru ceny.

Wyjaśnienia wykonawcy winny być zawsze konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w wyjaśnieniach wykonawców

beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, optymalizacji kosztów, wdrożeniu nowej technologii, korzystnych rozwiązaniach technologicznych i produkcyjnych oraz warunkach finansowych uzyskanych od dostawców i kooperantów etc., nic nie wnosi do sprawy i nie zapewnia informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Takie informacje mogą być traktowane ewentualnie jako tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie stanowić ich podstawy i zasadniczej treści.

Udzielone wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, konkretne i oparte na przekonujących kalkulacjach, w przeciwnym wypadku nie będą stanowiły podstaw do uznania, że wykonawca zaoferował cenę rynkową, uczciwie konkurencyjną, co może uzasadniać obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej uznaje się, że złożenie wyjaśnień, zawierających niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy traktować jako nie złożenie wyjaśnień w ogóle, co w konsekwencji oznacza konieczność odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W ocenie Odwołującego, taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie i w taki jak powyżej sposób należało ocenić złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia.

Odwołujący podniósł, że przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia i zawarte w nich informacje nie pozwalają na potwierdzenie tego, że MindMade Sp. z o.o. wykazała spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Brak jest w złożonych wyjaśnieniach danych stanowiących odpowiedź na sprecyzowane przez Zamawiającego w wezwaniu elementy, których wskazania w celu uzasadnienia cen Zamawiający żądał.

Mając powyższe na względzie i odnosząc to do wyjaśnień złożonych przez MindMade Sp. z o.o., Odwołujący wskazuje, iż wyjaśnienia te są ogólne, pobieżne, lakoniczne, niekonkretne, bez żadnej szczegółowej kalkulacji i nie wykazują, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie jest rażąco niska i nie wykazują możliwości Wykonawcy do skalkulowania ceny w postępowaniu poniżej wartości przedmiotu zamówienia. Odwołujący ponownie podkreślił, iż Zamawiający bardzo precyzyjnie określił zakres wymaganych od MindMade Sp. z o.o. informacji i wyjaśnień, których nie uzyskał.

Z tych też przyczyn, przyjęcie przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu jako wystarczających, wyjaśnień Wykonawcy, tak bardzo ogólnikowych i blankietowych, stanowi, w ocenie Odwołującego, niewątpliwie naruszenie art. 90 ust.2 Pzp.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny złożonych wyjaśnień.

Zatem Odwołujący uznał, że doszło do naruszenia podnoszonych przepisów Pzp w wyniku czego koniecznym jest odrzucenie oferty MindMade Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust.1 pkt.4 Pzp.

Zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając stosowną argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty wykonawców, korespondencję pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego pisemne i ustne złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego MindMade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej również Przystępujący MM), uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie Odwołującego Integrated Solution Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej również Przystępujący IS), uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

Izba ustaliła, iż przedstawiony przez strony stan faktyczny sprawy, nie jest pomiędzy nimi sporny, jak i jest zgodny z dokumentacją Postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

W pkt. 5 SIWZ, Zamawiający określił wymagania co do przeprowadzenia prezentacji spełnienie wymagań SIWZ przez Router demonstracyjny, do której zobowiązany będzie wykonawca wezwany.

W dniu 16 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę MindMade Sp. z o.o. do przeprowadzenia prezentacji routera demonstracyjnego.

Wykonawca MindMade Sp. z o.o. złożył, w dniu 3 września 2018 r. Instrukcję obsługi i użytkowania oferowanych routerów. Jednocześnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa przekazany dokument oraz wszelkie zrzuty ekranu, zapis audiowizualny, logi – sporządzone podczas Prezentacji w celach dokumentacji jej przebiegu oraz wszelkie wyjaśnienia składane w trakcie Prezentacji oraz w jej wyniku.

W dniu 9 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego MM do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty.

W dniu 16 sierpnia Przystępujący MM złożył żądane wyjaśnienia, dzieląc je na część jawną oraz część niejawną objętą tajemnicą przedsiębiorstwa. Do pisma tego dołączył również oświadczenie dot. informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 5 września 2018 r. Zamawiający wystąpił do wykonawcy MindMade Sp. z o.o. o udzielenie dalszych wyjaśnień, w zakresie doszczegółowienia opisanych w „Formularzu kalkulacji ceny do oferty” tj. w załączniku nr 1 do załącznika nr 2 do pisma nr 114/2018 z dnia 16.08.2018 r. pozycji. Zamawiający skonkretyzował pozycje, które wymagają dalszych wyjaśnień.

Wykonawca MindMade Sp. z o.o. w dniu 7 września 2018 r. złożył wymagane wyjaśnienia wraz z załącznikami, częściowo zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba zważyła co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż podniesiony w treści odwołania zarzut naruszenia 8 ust. 2 w związku z art. 8 ust. 3 Pzp odnośnie nieujawnienia zrzutów ekranu, zapisu audiowizualnego, logów – sporządzonych podczas prezentacji routera demonstracyjnego w celu dokumentacji jej przebiegu, instrukcji do routera demonstracyjnego oraz wyjaśnień składanych w trakcie prezentacji, zastrzeżonych przez MindMade Sp. z o.o. zasługuje na uwzględnienie. Natomiast pozostałe zarzuty, w ocenie Izby na uwzględnienie nie zasługiwały.

Odnosząc się zaś szczegółowo do poszczególnych zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, co następuje.

Izba, w zakresie argumentacji dotyczącej niewłaściwego zastrzeżenia przez MindMade Sp. z o.o. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w całości podziela stanowisko Odwołującego. Izba wielokrotnie wskazywała, że ograniczenie dostępu do treści oferty, czy też korespondencji pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym dokonywane poprzez zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, może być dokonywane tylko w celu ochrony tajemnicy firmy, niedopuszczalne jest natomiast ograniczanie dostępu do informacji innym wykonawcom w celu ograniczenia korzystania ze środków ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp postępowania o udzielenie zamówienia jest jawne. Jawność postępowania stanowi jedną z naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i może doznawać ograniczenia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 Pzp). Wyjątkiem od zasady jawności przewidzianym w art. 8 ust. 3 Pzp, jest nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak zatem słusznie podnosi Odwołujący dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa koniecznym jest wykazanie, że łącznie ziszcily się przesłanki określone w art. 11 ust. 4 (po nowelizacji art. 11 ust. 2) uznk. W ocenie Izby przesłanki te nie zaszły, wobec czego Zamawiający bezzasadnie uznał zastrzeżenie przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechał ich odtajnienia.

Do niniejszej sprawy częściowo ma zastosowanie brzmienie art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, sprzed nowelizacji z dnia 5 lipca 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1637), na podstawie art. 15 ust. 1 ustawy nowelizującej, zgodnie z którym - przepisy ustaw zmienianych w art. 1 i art. 3-14 w brzmieniu nadanym tą ustawą stosuje się do oceny stanów faktycznych, zaistniałych po jej wejściu w życie. Zastrzeżenie informacji przez Przystępującego MM dokonane w dniu 16 sierpnia oraz 3 września 2018r., zostało dokonane przed datą wejścia w życie ustawy o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw z dnia 5 lipca 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1637), które to nastąpiło w dniu 4 września 2018 r., a więc w tym zakresie sprawa powinna być oceniana na podstawie przepisów sprzed nowelizacji ustawy uznk. Zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk, w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Do oceny zastrzeżenia informacji dokonanego w dniu 7 września 2018 r. znajdzie zastosowanie już brzmienie ustawy uznk po nowelizacji tj. art. 11 ust. 2 tejże ustawy, definiujący 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.

Należy zauważyć, że zarówno w dotychczasowej jak i obecnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, wyznacznikami uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest jej obiektywna wartość gospodarcza, jaką sobą przedstawia oraz podjęcie działań co do zachowania/utrzymania tych informacji w poufności.

Wskazanie okoliczności faktycznych, w których Odwołujący upatruje niewywiązanie się z obowiązków przez Zamawiającego i Przystępującego MM w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, należało do Odwołującego, który uczynił to trafnie. Zdaniem Izby Odwołujący wywiązał się ze swego obowiązku odnosząc się w odwołaniu do treści uzasadnienia zastrzeżenia i wskazał w czym upatruje bezprawność tego zastrzeżenia i jego oceny przez Zamawiającego.

Jednakże w świetle art. 8 ust. 3 Pzp to wykonawca przedkładający Zamawiającemu informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zobowiązany jest do wykazania w terminie składania ofert, a (zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą) w odniesieniu do informacji składanych w terminie późniejszym, wraz z ich przedłożeniem, że zastrzegane informacje spełniają wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 (po nowelizacji art. 11 ust. 2) uznk, i jako takie powinny być objęte ochroną.

Inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy je zastrzegającym, co wprost wynika z art. 8 ust. 3 Pzp. Zamawiający natomiast zobowiązany jest do ustalenia czy wykonawca sprostał nałożonemu na niego obowiązkowi „wykazania”. Przy czym owo „wykazanie” stanowi coś więcej, niż wyjaśnienie przyczyn zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Za „wykazanie” nie może być uznane ogólne odniesienie się do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w wyżej przywołanym art. 11 ust. 4 (po nowelizacji art. 11 ust. 2) uznk, czy też powołanie orzecznictwa sądów lub poglądów doktryny. Wykonawca, przedkładając Zamawiającemu uzasadnienie zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, powinien wykazać zasadność zastrzeżenia i wypełnienie przesłanek z art. 11 ust. 4 (po nowelizacji art. 11 ust. 2) uznk w okolicznościach tej konkretnej sprawy. Stwierdzenie niezasadności takiego zastrzeżenia może nastąpić w przypadku ustalenia, że wykonawca nie przedstawił w terminie uzasadnienia bądź, że przedstawione uzasadnienie

nie wykazuje istnienia przesłanek zastrzeżenia. W sytuacji, gdy wykonawca nie sprostanałożonemu na niego obowiązkowi, Zamawiający odtajnia zastrzeżone informacje i może je udostępniać podmiotom zainteresowanym zapoznaniem się z nimi.

W ocenie Izby, Przystępujący MM nie wykazał skutecznie, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. zrzuty ekranu, zapis audiowizualnego, logi – sporządzone podczas prezentacji routera demonstracyjnego w celu dokumentacji jej przebiegu, instrukcja do routera demonstracyjnego oraz wyjaśnienia składane w trakcie prezentacji, wypełniają łącznie przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk. Przystępujący MM wyraził w przedłożonym piśmie wolę objęcia przedstawionych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a także wskazał na orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz poglądy doktryny, dopuszczające możliwość utajnienia informacji. Za każdym razem gdy wykonawca ten zastrzegał informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa czy to w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czy też dot. prezentacji oferowanego routera, przedstawiał tożsame w formie i treści oświadczenie o zastrzeżeniu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie indywidualizując tego oświadczenia i argumentacji w stosunku do zastrzeganych informacji, a przypadku zastrzeżenia drugich wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny nawet zasadniczo je skrócił. Izba nie przeczy, że informacje tego rodzaju mogą być objęte ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednakże taka ochrona nie jest automatyczna i aby tak się stało wykonawca, każdorazowo musi wykazać istnienie przesłanek uzasadniających jej zastosowanie.

Przystępujący MM w przedłożonych Zamawiającemu oświadczeniach dot. informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, złożył jedynie ogólne deklaracje, iż informacje te są informacjami technicznymi, technologicznymi i organizacyjnymi, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie mają wartość gospodarczą oraz nie były ujawnione do publicznej wiadomości. Deklaracji tych, nie można uznać za wystarczające dla skutecznego wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brakuje w nich konkretów obrazujących w jaki negatywny sposób na działalność Przystępującego MM może wpłynąć ujawnienie zastrzeżonych informacji, poza ogólnymi wskazaniem, że znacząco pogorszy się jego pozycja konkurencyjna, konkurenci uzyskają przewagę rynkową, poprzez zapoznanie się z know-how w zakresie sposobu wykorzystania technologii i urządzeń, a także źródeł zaopatrzenia. Przy czym Przystępujący MM nie ujawnił źródeł zaopatrzenia co do istotnych elementów zamówienia. Jednocześnie należy wskazać, że Przystępujący MM, w szczególności nie wykazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji. Wskazać bowiem należy, iż wyjaśnienia Przystępującego MM powołują się na dokumenty, których treść nie została dołączona do wyjaśnień (polityka ochrony informacji, klauzule czy też umowy o poufności). Nadto Przystępujący MM nie wykazał, jaką wartość

gospodarczą mają informacje podane w wyjaśnieniach do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a okoliczność taka jest bezwzględnie wymagana. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że samo stwierdzenie, że ujawnienie informacji utajnionych może narazić MindMade Sp. z o.o. na szkodę - nie stanowi faktycznego wykazania szkody, którą mogłaby ponieść MindMade Sp. z o.o. na skutek braku utajnienia informacji w postępowaniu.

Wobec powyższego, uznać należy, że Zamawiający niewłaściwie ocenił przedłożone przez Przystępującego MM uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz treść zastrzeżonych informacji jako posiadające walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dlatego też Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył wskazane przez Odwołującego przepisy art. 8 ust. 2 i 3 Pzp, przez zaniechanie czynności odtajnienia informacji dot. zrzutów ekranu, zapisu audiowizualnego, logów – sporządzonych podczas prezentacji routera demonstracyjnego w celu dokumentacji jej przebiegu, instrukcji do routera demonstracyjnego oraz wyjaśnień składanych w trakcie prezentacji, zastrzeżonych przez MindMade Sp. z o.o., co do których nie wykazano aby stanowiły one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba uznała, że zaniechanie Zamawiającego polegające na nie odtajnieniu ww. informacji, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp, gdyż Odwołujący został pozbawiony możliwości zapoznania się z nimi, ich oceny i skorzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie bezpodstawnie zastrzeżonych informacji.

Odnosnie pozostałych zarzutów, w ocenie Izby zarzuty te nie potwierdziły się.

W zakresie zarzutu dot. naruszenia art. 8 ust.3 Pzp, z uwagi na przekroczenie ustawowego terminu do złożenia zastrzeżenia w zakresie utajnienia informacji związanych z prezentacją spełnienia wymagań przez Router demonstracyjny, Izba uznała, że stanowisko Odwołującego nie zasługuje na aprobatę. Zgodnie z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie Izby stanowiskiem wykonawcy mogą zastrzegać informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa najpóźniej w chwili ich przedkładania Zamawiającemu. Zgodnie z pkt 5 SIWZ prezentację routera demonstracyjnego miał przeprowadzić tylko wykonawca wezwany do wykonanie tej czynności przez Zamawiającego. Tym samym, był to obowiązek ewentualny wykonawcy - materializujący się dopiero w chwili wystosowania przez Zamawiającego stosownego wezwania. Wymaganie, aby wykonawcy już na etapie składania ofert zastrzegali informacje, które kiedyś być może przedstawią Zamawiającemu byłoby wymaganie nadmiernym. W związku z tym, w ocenie Izby dopuszczalne było zastrzeżenie informacji związanych z dokonywaną prezentacją na etapie faktycznego ich przekazania Zamawiającemu, co nie naruszało art. 8 ust. 3 Pzp.

Konsekwencją ustaleń, przedstawionych powyżej, odnośnie dokonanych przez Przystępującego MM zastrzeżeń informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym informacji

związanych z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny jest stwierdzenie, że również wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny powinny ulec udostępnieniu, jednakże z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący w treści swojego odwołania postawił zarzuty dalej idące, a mianowicie zarzuty dotyczące naruszenia przepisu art. 90 ust. 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego MM pomimo, że nie wykazał on w złożonych wyjaśnieniach, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Izba ustaliła, iż złożone wyjaśnienia są prawidłowe, a co za tym idzie Przystępujący MM prawidłowo wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska (o czym poniżej), to nakazywanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, pozostałoby bezcelowe. W związku z powyższym, Izba nie nakazała Zamawiającemu dokonania tej czynności, albowiem Izba orzekając w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), ustaliła, że oferta Przystępującego MM nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odnosnie zarzutów dotyczących naruszenia przepisu art. 90 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego MM pomimo, że nie wykazał on w złożonych wyjaśnieniach, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba stwierdziła, że zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

Na wstępie należy zauważyć, że wartość szacunkowa zamówienia dokonana przez Zamawiającego znacząco odbiega od cen zaoferowanych przez wykonawców, również Odwołującego w niniejszym postępowaniu. Zamawiający zakładał, że cena jednostkowa 1 routera będzie opiewać na 1300 zł/szt. netto. Ceny zaoferowane przez Przystępującego MM to: dla routera zasilanego ze źródła 24V DC – 440 zł netto/szt., dla routera zasilanego ze źródeł 24V DC i 230V AC – 494 zł netto/szt., a przez Odwołującego to odpowiednio 560 zł netto/szt. i 590 zł netto szt. Jednocześnie wartość zamówienia jako całości została określona przez Zamawiającego na poziomie 20 038 000 zł, podczas gdy cena oferty Przystępującego MM opiewa na 8 609 025, 84 zł, a Odwołującego na 10 765 156, 80 zł. Powyższe o cenie Izby potwierdza znaczne przeszacowanie wartości zamówienia w stosunku do jego wartości rynkowej.

Co do ciężaru dowodu wykazania poprawnego skalkulowania ceny to zgodnie z regulacjami Pzp spoczywa on na wezwanym do wyjaśnień wykonawcy przez co należy rozumieć obowiązek złożenia wyczerpujących i spójnych wyjaśnień w zakresie wyznaczonym treścią wezwania, w tym również, co do zasady, przedstawienia dowodów potwierdzających prawdziwość składanych wyjaśnień. Jednakże odnosząc się do regulacji art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, Izba popierając stanowisko wyrażone w wyroku z dn. 4.9.2018 w sprawie o sygn. akt KIO 1664/18 wskazuje za nim, że przepis ten przewidujący w odniesieniu do zarzutu rażąco

niskiej odwrócony ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zwalnia wykonawcy stawiającego taki zarzut względem ceny oferty konkurenta, ze wskazania uzasadniających go okoliczności faktycznych, w tym również z przedstawienia dowodów na poparcie przytoczonych w odwołaniu. Oznacza to, że stawiający taki zarzut wykonawca nie może ograniczyć się tylko do twierdzenia o nierynkowej cenie oferowanej przez konkurenta, mającej świadczyć o jej rażąco niskim charakterze, ale wskazać również okoliczności uzasadniające takie twierdzenie, w tym przedstawić dowody na ich poparcie. Takich okoliczności i dowodów Odwołujący nie przedstawił.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił w tym zakresie wyliczenia porównujące poziomy zaferowanych cen i na tej podstawie sformułował wnioski, że zaferowana przez Przystępującego MM cena nosi znamiona rażąco niskiej, gdyż jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Ponadto Odwołujący w oparciu o jawne elementy wyjaśnień sformułował zarzut o braku wykazania przez Przystępującego MM realności zaferowanej ceny czy też o braku dowodów przedstawionych na okoliczność potwierdzenia prawdziwości założeń przyjętych do kalkulacji. Izba w tym miejscu, nie przywołuje argumentacji Odwołującego przedstawionej szczegółowo powyżej, jednakże zauważa, że jest ona obarczona w znacznej mierze błędem wynikającym z faktu, że Odwołujący nie miał dostępu do pełnej treści wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego MM. W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez Przystępującego MM są pełne, poparte stosownymi wyliczeniami oraz dowodami, w tym ofertami firm będących we współpracy z Przystępującym MM, dotyczącymi elementów dot. realizacji przedmiotu zamówienia.

Wskazać również należy, iż Przystępujący MM poza częścią ogólną złożonych wyjaśnień, złożył wyjaśnienia szczegółowe (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), w których to wyjaśnieniach podał sposób realizacji tego zamówienia, z uwzględnieniem przyjętej przez siebie technologii oraz wyliczył i podał wysokość zysku, jaki zamierza osiągnąć realizując przedmiotowe zadanie. Udzielone Zamawiającemu wyjaśnienia w szczególności zawierały opis sposobu kalkulacji ceny oferty i okoliczności, które miały szczególne znaczenie dla ustalenia jej na zaferowanym poziomie. Wyjaśnienia poparto wyliczeniami (formularz kalkulacji ceny do oferty) i dowodami wykazując rentowność przedsięwzięcia oraz uwzględnione przez Przystępującego MM pozycje kosztowe. Kalkulacji dokonano z uwzględnieniem zakresu przedmiotu zamówienia. Przystępujący MM wykazał rentowność takiego kontraktu wskazując poziom przewidywanej marży oraz opisując poszczególne kategorie uwzględnionych kosztów. W zakresie powyższych zarzutów, Izba w całości podziela stanowiska prezentowane przez Zamawiającego jak i Przystępującego MM.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: