

Sygn. akt: KIO 18/22

WYROK
z dnia 21 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **Innergo System Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wielkopolski Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,**

przy udziale wykonawcy **TRECOM Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 2-17 oraz 19-39 zamówienia, ujawnienie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących ceny oferty i załączonych do nich dowodów oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty;
2. Kosztami postępowania obciąża Szpital Wielkopolski Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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) 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 – Szpital Wielkopolski Sp. z o.o. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Dostarczenie, skonfigurowanie, uruchomienie i uzupełnienie istniejących sieci LAN wraz z przełącznikami sieciowymi*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 lipca 2021 r. pod nr 2021/S 144-382132.

W dniu 3 stycznia 2022 r. wykonawca Innergo Systems Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania ujawnienia wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Trecom Poznań Sp. z o.o. w odniesieniu do części nr 2-17 oraz 19-39 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ewentualnie, na wypadek oddalenia powyższego zarzutu, Odwołujący podniósł zarzut zaniechania odrzucenia oferty Trecom Poznań Sp. z o.o., w sytuacji gdy zawiera ona rażąco niską cenę (art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 2-17 oraz 19-39, odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Trecom jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny (ewentualnie: odrzucenia oferty Trecom w częściach 2-17 oraz 19-39 z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny) oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że we wszystkich częściach zamówienia objętych odwołaniem oferta Trecom została wybrana jako najkorzystniejsza, a wykonawca ten zaoferował najniższą cenę, odbiegającą istotnie od poziomu cenowego pozostałych ofert złożonych na tę samą część, w szczególności różnica pomiędzy ceną Trecom a średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert na każdą z tych części przekraczała 30% i to w stopniu znaczącym. Mimo to Zamawiający 17 listopada 2021 r. dokonał wyboru oferty Trecom we wszystkich tych częściach, bez uprzedniego wezwania i weryfikacji wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Dopiero w wyniku uwzględnienia odwołania wniesionego przez Odwołującego, Zamawiający unieważnił pierwotną czynność wyboru i 7 grudnia 2021 r. wezwał wykonawcę Trecom do złożenia wyjaśnień (wraz z dowodami) w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny oferty złożonej w ramach części 2-17 i 19-39. W dniu 20 grudnia 2021 r. ww. wykonawca złożył przedmiotowe wyjaśnienia i już w dniu 23 grudnia

2021 r. Zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty Trecom we wszystkich ww. częściach. Odwołujący zwrócił się o udostępnienie treści złożonych przez Trecom wyjaśnień wraz z dowodami, jednakże w odpowiedzi otrzymał od Zamawiającego złożone przez Trecom „Uzasadnienie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 20-12-2021” oraz informację, że: „Wyjaśnienia złożone przez firmę Trecom z dnia 20-12-2021 r. zostały przez firmę zastrzeżone jako tajemnicę przedsiębiorstwa w związku z tym, nie mogą zostać upublicznione.” Odwołującemu nie została zatem udostępniona żadna część ani fragment złożonych przez Trecom wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a jedynie pismo zawierające zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zaznaczył, że w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, że dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji. Odwołujący wskazał na spoczywający na Zamawiającym obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślił, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: 1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób, 3) podjęto w stosunku do niej działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zdaniem Odwołującego, zastrzeżenie przez Trecom całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest bezpodstawne, a złożone uzasadnienie nie wykazuje zasadności utrzymania zastrzeżenia przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że Trecom nie wskazał konkretnych informacji podlegających zastrzeżeniu, obejmując nim ogólnie całość złożonych wyjaśnień i załączników do nich, co nie jest prawidłowo, to do wykonawcy dokonującego zastrzeżenia należy bowiem wskazanie informacji oraz wykazanie spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w odniesieniu do każdej z nich. Zamawiający nie może zastąpić

wykonawcy w identyfikacji i samodzielnie dopasować ogólnikowych i abstrakcyjnych wyjaśnień do informacji zawartych w dokumentach objętych ogólną klauzulą tajemnicy.

W ocenie Odwołującego, z całą pewnością nie wszystkie informacje objęte wyjaśnieniami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wobec czego tak dokonane zastrzeżenie poufności jest działaniem bezpodstawnym. Działanie to jednocześnie faktycznie faworyzuje Trecom, gdyż niemożność zapoznania się przez Odwołującego z treścią złożonych wyjaśnień znacząco utrudnia chociażby weryfikację poprawności działań Zamawiającego dotyczących oceny złożonych wyjaśnień i wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej. Za nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie całości dokumentu, w sytuacji, gdy może on zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w jego treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy podlegają ochronie. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, słowa/wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp. W związku z tym Odwołujący stwierdził, że Zamawiający powinien co najwyżej zastrzec wybrane elementy z wyjaśnień rażąco niskiej ceny Trecom, o ile faktycznie znajdują się w nich dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca objął je skutecznym i konkretnym uzasadnieniem. Ogólne zastrzeżenie całości złożonych dokumentów wskazuje, że celem Trecom nie jest faktyczna ochrona poszczególnych informacji posiadających dla niego istotne znaczenie, ale wyłącznie uniemożliwienie konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji odpowiedzi udzielonej na wezwanie Zamawiającego. Utajnienie całości wyjaśnień jest zdecydowanie zbyt daleko idącym działaniem ze strony Zamawiającego zwłaszcza, że uczynione w kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny, może w praktyce uczynić przysługujące wykonawcy instrumenty prawne, w postaci prawa do odwołania, iluzorycznymi. Ponadto, nawet informacje odnoszące się bezpośrednio do zaoferowanej ceny, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa tylko przez sam fakt tego, że podają konkretne dane, nawet dane liczbowe. Konieczne jest, aby takie informacje posiadały dla wykonawcy wartość, a ich ujawnienie groziło poniesieniem szkody. Przy czym, szkoda ta ma mieć inny charakter niż tylko umożliwienie konkurencyjnym wykonawcom rzetelnej weryfikacji złożonych wyjaśnień i zaoferowanej ceny.

Zdaniem Odwołującego, Trecom nie wykazał też poufnego charakteru i wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. W przedmiotowej sprawie, zarówno przedmiot zamówienia, jak i treść wezwania miały charakter standardowy. Wątpliwe jest zatem, aby złożone przez Trecom wyjaśnienia ujawniały jakiegokolwiek czynniki, sposób realizacji zamówienia czy organizacji przedsiębiorstwa, czy nawet sposób wyceny składanej oferty

i ponoszone koszty, które byłyby unikalne i różniły się od tego, co mógłby stworzyć samodzielnie jakikolwiek inny wykonawca działający w tym samym obszarze. Z pewnością takiego unikalnego charakteru Trecom nie wykazał w złożonym uzasadnieniu zastrzeżenia, jedynie deklarując wyjątkowość złożonych wyjaśnień, ale nie wykazując, na czym miałyby ona polegać. Twierdzenie o tym, że wysokość wynagrodzenia i sposób tworzenia oferty stanowią o przewadze konkurencyjnej jest niewiarygodne i nie tylko nie wykazuje, ale nawet nie uprawdopodobnia posiadania przez zastrzeżone informacje jakiegokolwiek wartości gospodarczej. O przewadze konkurencyjnej mogłaby świadczyć innowacyjność podejścia do realizacji przedmiotu zamówienia lub inne unikalne okoliczności pozwalające na ponadprzeciętne oszczędności w zakresie wynagrodzeń, jednakże żadne z takich okoliczności nie zostały przez Trecom wskazane.

Odwołujący podniósł, że sama wysokość wynagrodzeń, czy ponoszonych przez wykonawcę kosztów pracy nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie niesie ze sobą żadnej wartości gospodarczej, ponoszenie tego rodzaju kosztów jest oczywiste, zaś ich minimalny poziom wyznaczony jest przepisami prawa. Całkowicie bezzasadna jest, jedyna w zasadzie podstawa zachowania poufności tych informacji powoływana przez Trecom, sprowadzająca się do możliwości poniesienia szkody polegającej na ryzyku „przejęcia pracowników wykonawcy”. Argument ten jest całkowicie bezzasadny, gdyż dotyczy może ewentualnie zachowania w poufności danych osobowych pracowników (o ile takie zostały ujawnione w wyjaśnieniach), ale nie już pozostałych informacji dotyczących założonej pracochłonności i kosztów pracy. Sama informacja o wynagrodzeniu i całościowych kosztach pracy lub czasochłonności, bez powiązania z danymi osobowymi, nie naraża wykonawcy na szkodę, którą wskazuje uzasadniając rzekomą wartość gospodarczą tych informacji. Dotyczy to również ofert poddostawców i cen zakupu produktów lub usług utajnienie jedynie nazwy kontrahenta i innych identyfikujących go danych powoduje brak uzasadnienia przez wykonawcę podstaw do utajnienia informacji dotyczących przedmiotu i ceny tych ofert. W oderwaniu od danych identyfikujących dany podmiot, informacje przestają mieć bowiem charakter wrażliwy i unikalny dla oferty Trecom. Ponadto, Trecom nie wykazał, że podmioty te nie złożyły ani nie składają podobnych ofert innym wykonawcom, do czego mają prawo jako dysponent informacji. Wydawałoby się, że naturalnym jest chęć pozyskania przez poddostawców innych kontrahentów, zatem nie wiadomo, czy wykonawca prawidłowo samodzielnie określił zakres informacji i krąg osób, dla jakich informacje te zgodnie z wolą poddostawcy miały zostać zachowane w poufności. Nie jest trafne identyfikowanie szkody i interesu obu tych podmiotów, tj. Trecom i poddostawcy składającego mu ofertę, w zakresie dotyczącym zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego za nieskuteczne należy uznać odnoszone do kalkulacji ceny czy prezentacji czynników cenotwórczych ogólne tylko stwierdzenia o ich wartości gospodarczej i znaczeniu dla wykonawcy, podczas gdy faktycznym powodem ich utajnienia pozostaje chęć utrudnienia kwestionowania zaoferowanej ceny w toku procedury odwoławczej. Przykładowo, sama znajomość struktury i wysokości ponoszonych kosztów niekoniecznie musi stanowić informacje poufne i podlegające ochronie w ramach przedsiębiorstwa wykonawcy, gdyż nie zawsze sama ich znajomość przez podmiot konkurencyjny przekłada się na pozycję konkurencyjną czy ma wartość ekonomiczną. Aspekty te oraz wyjątkowy charakter zastrzeganych informacji w odniesieniu do każdej z nich, powinny zostać wykazane wraz z przekazywanymi informacjami, i tylko w takim przypadku zastrzeżenie może zostać uznane przez Zamawiającego za skuteczne. Takiego uzasadnienia – w zakresie jakiegokolwiek ze wspomnianych informacji lub dokumentów – Trecom nie przedstawił.

Odwołujący zaznaczył, że zakaz wyręczania wykonawcy w obowiązku wykazania zasadności zastrzeżenia, dotyczy także bezkrytycznego przyjmowania zastrzeżenia o charakterze ogólnikowym i sprowadzającego się do abstrakcyjnych deklaracji wykonawcy, w oderwaniu od faktycznego zakresu i znaczenia zastrzeganych dokumentów. Skuteczne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy powinno być nie tylko konkretne, ale również poparte dowodami wykazującymi rzeczywiste spełnienie ustawowych przesłanek. Ponadto przedstawienie samych wyjaśnień (zwłaszcza ogólnych) bez dołączenia do nich odpowiednich dowodów jest niewystarczające.

W ocenie Odwołującego, wykonawca zastrzegający całościowo wyjaśnienia ceny musi liczyć się z tym, że w przypadku uznania bezzasadności takiego działania odtajnieniu będą podlegały wyjaśnienia w szerszym zakresie, niż gdyby wykonawca działał z należytą starannością. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, a w konsekwencji weryfikacji działań Zamawiającego polegających na ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ocenie zasadności zastrzeżenia tych informacji, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie takiego zastrzeżenia, stanowi naruszenie nie tylko art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp, ale również zasad równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, a także proporcjonalności i przejrzystości.

W odniesieniu do przesłanki podjęcia kroków w celu zachowania informacji w poufności Odwołujący podniósł, że nie jest wystarczające wyłącznie wskazanie, że wykonawca korzysta z narzędzi w celu ochrony informacji i ogranicza dostęp do nich. Konieczne jest – czego brakuje w treści uzasadnienia – wykazanie, że informacje objęte

zastrzeżeniem w złożonych dokumentów podlegają wskazywanym środkom ochrony. Jakkolwiek treść załączników nie została Odwołującemu ujawniona, to fakt, że z wyjaśnień nie wynika jasno, które informacje powinny być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa pozwala domniemywać, że wykazanie takie nie mogło być w tym przypadku skuteczne. Skoro bowiem nie zostały wyróżnione informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sposób wskazać, że obejmują je konkretne narzędzia ochrony. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa zresztą na Trecom.

Odwołujący stwierdził, że w związku z niedostępnością mu wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Trecom ceny, nie ma on możliwości szczegółowego odniesienia się do wyjaśnień i argumentacji w nich przedstawionej. Niemniej na wypadek oddalenia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień prowadzącej do uznania, że oferta złożona przez Trecom nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W tym zakresie Odwołujący podkreślił, że w świetle dyspozycji art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień rodzi domniemanie, że cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie z ich treścią, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać. Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma zatem obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy w sposób skuteczny wykonawca obalił ciężące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Jak stanowi bowiem art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, nie tylko brak złożenia wyjaśnień, ale również złożenie wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Trecom uznając, że wykonawca wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podniósł, że jedynie rzetelne badanie takich wyjaśnień, a nie poprzestanie na akceptacji ogólnikowych argumentów jest gwarantem zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym. Prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień powinna uwzględniać zgodność oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczność wykazania przez wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnosić się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców

biorących udział w postępowaniu. Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami. Ponadto, wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne dotyczące go okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w ofercie.

Odwołujący zwrócił uwagę na rażące różnice występujące pomiędzy ofertą złożoną przez Trecom a poziomem cen pozostałych ofert, które złożono (a które podlegały odrzuceniu ze względu na brak przedłużenia związania ofertą) – w każdej z części powtarza się sytuacja, w której pozostałe oferty są podobnej wysokości, zaś cena oferty Trecom rażąco od nich odbiega.

Odwołujący powołał się na § 7 ust. 6 wzoru umowy dla części 2, zgodnie z którym „Wykonawca ponosi wszelkie koszty realizacji Przedmiotu Umowy, z zastrzeżeniem sytuacji, gdy w Umowie wyraźnie i jednoznacznie wskazano odmiennie. Koszty realizacji Przedmiotu Umowy ponoszone przez Wykonawcę obejmują w szczególności koszty nabycia, wytworzenia, wynagrodzenia, koszty prac i nakładów, opłaty w tym opłaty licencyjne i wszelkie inne płatności i koszty, które zobowiązany jest ponieść i zrealizować Wykonawca celem realizacji Przedmiotu Umowy a dotyczące m.in.: a/ zakupu bądź wytworzenia wszelkich urządzeń i aplikacji koniecznych do realizacji Przedmiotu Umowy, co dotyczy Urządzeń wskazanych i opisanych w OPZ i w Ofercie Wykonawcy; b/przeprowadzenia wszelkich odbiorów przewidzianych w Umowie; c/ realizacji wszelkich dostaw objętych Umową; d/napraw i/lub wymiany na nowe i wolne od wad Urządzeń objętych Przedmiotem Umowy, niezależnie od podstawy prawnej na podstawie, której Wykonawca obowiązany jest realizować te obowiązki (Rękojmia, Gwarancja, inne uprawnienia przysługujące w tym zakresie Zamawiającemu); e/ wykonania wszelkich ciężącym na Wykonawcy obowiązków, jakie wynikają z Przepisów Prawa; f/ wszelkich ryzyk związanych z realizacją Przedmiotu Umowy, które Wykonawca obowiązany jest samodzielnie skalkulować.” Analogiczne postanowienie i obowiązek Wykonawcy określono we wzorze umowy dla części nr 3-43 (Załącznik nr 4 do SWZ).

Odwołujący wskazał również na § 4 ust. 1 Wzoru umowy dla części 3-42 (Załącznik nr 4 do SWZ), określający przedmiot umowy w sposób następujący, wymieniając zakres elementów podlegających dostawie i minimum czynności wymaganych w związku z montażem: „Przedmiotem Umowy jest dostawa Urządzeń i Aplikacji o charakterystyce, parametrach i ilościach wskazanych w OPZ, sprecyzowanych w Ofercie Wykonawcy wraz instalacją, montażem i konfiguracją, realizowaną zgodnie z OPZ i Projektem Wykonawczym zatwierdzonymi przez Organizatora Postępowania, co obejmuje w szczególności

dostarczenie, zainstalowanie, montaż i konfiguracje przetaczników sieciowych, Access Point-ów, punktów LAN, punktów PEL, szaf i szafek rack, UPSów stworzenie kablowych instalacji sieciowych niezbędnych do prawidłowego działania Urządzeń zgodnie z OPZ, dostarczenie instrukcji obsługi i wszystkimi innymi elementami niezbędnymi do ich prawidłowego działania Urządzeń i Aplikacji, skonkretyzowanych w Ofercie Wykonawcy, oraz realizacja pozostałych obowiązków Wykonawcy opisanych w dokumentacji przetargowej w Postępowaniu Przetargowym, w tym opisanych w OPZ i w Umowie, co obejmuje przede wszystkim zobowiązania Wykonawcy w zakresie zasad i sposobu dostawy Urządzeń i Aplikacji, ich montażu i instalacji oraz realizacji obowiązków z zakresie Rękojmi i Gwarancji na zasadach określonych Umowie.”

Zdaniem Odwołującego, w każdej z części wykonawca powinien uwzględnić pełną i całkowitą wysokość kosztów ponoszonych przez niego na jej realizację, gdyż składając ofertę, nie mógł on przewidzieć w ilu i w których częściach uzyska on zamówienie. Realność wyceny należy odnieść przy tym do przedmiotu zamówienia i faktycznych, popartych dowodami kosztów, jakie wykonawca powinien uwzględnić na jego prawidłowe wykonanie, wraz z pokryciem kosztów pośrednich (np. kosztów stałych czy innych związanych z obsługą postępowania i realizacji umowy).

Odwołujący podniósł, że dla części 3-39, istotnym, bo wynoszącym nawet do 45% kosztów realizacji przedmiotu zamówienia są koszty pracy, gdyż poza samą dostawą urządzeń (odpowiednio do części), przedmiot zamówienia obejmuje również przygotowanie dokumentacji technicznej (projekt wykonawczy i powykonawczy), dokonanie ich instalacji, uruchomienia, testowania i konfiguracji, z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu zamówienia (wymagane odpowiednie okablowanie i materiały instalacyjne oraz zespół o adekwatnych kwalifikacjach i uprawnieniach) oraz specyficznych miejsc instalacji (placówki ochrony zdrowia). Prace montażowe (okablowanie, osadzanie szaf) wymaga udziału co najmniej dwóch osób o odpowiednich kwalifikacjach i uprawnieniach, dla każdej lokalizacji objętej zamówieniem. Powyższe czynności powinny być wykonywane przez osobę posiadającą odpowiednią wiedzę, uprawnienia i certyfikację producenta. Wynagrodzenie wykwalifikowanego inżyniera wdrożeniowego, przekracza istotnie wynagrodzenie minimalne, a zatem uwzględnienie przez Trecom tylko najniższego lub przeciętnego poziomu wynagrodzeń wynikającego z przepisów obowiązujących, jest rażąco zaniżone w stosunku do przedmiotu zamówienia i świadczy o niedoszacowaniu cen ofertowych dla części obejmujących również czynności montażu (nr 3-39).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Załącznikiem C 15 do OPZ – Wytyczne do dostawy wraz z instalacją, montażem i konfiguracją, w ramach zamówienia należy uwzględnić przygotowanie projektu wykonawczego. Oznacza to, że dla każdej z części

postępowania należy dokonać również ustaleń i konsultacji technicznych w zakresie m.in. instalacji i lokalizacji punktów sieci LAN, PEL, przeprowadzenia linii kablowych, łączników, instalacji i lokalizacji Access Point-ów (w tym sposobu montażu), a także sposobu prowadzenia prac. Wymagać to będzie co najmniej dwóch spotkań z przedstawicielami Zamawiającego oraz prawdopodobnie również wizji lokalnej. Taki projekt, wraz z konfiguracją i schematami połączeń etc., należy przygotować odrębnie dla każdej części, zatem w cenie każdej z nich, należy również ująć czas, transport i ew. koszty pobytu w danej lokalizacji wykwalifikowanego inżyniera.

Odwołujący podniósł, że specyfiką przedmiotu zamówienia, zgodnie z Załącznikiem C 15 do OPZ jest to, że prace wykonywane będą w czynnych budynkach podmiotu leczniczego, w których prowadzona jest działalność medyczna, dlatego prace należy wykonywać w jak najmniej uciążliwy sposób dla pacjentów, a także personelu. Oznacza to, że praca nie będzie miała charakteru ciągłego z uwagi na obsługę pacjentów i priorytety działalności leczniczej. Prace będą też mogły być prowadzone jedynie w godzinach 8:00 - 14:00 (6h pracy na dobę) co oznacza konieczność dużo częstszych wizyt w danej lokalizacji. Część prac może być wykonywana w wrażliwych lokalizacjach np. Blok Operacyjny, OIOM, SOR, sale porodowe. Prace głośnie, z użyciem elektronarzędzi (np. konieczność ułożenia okablowania i przymocowania punktów dostępowych) będą mogły być wykonywane tylko w niektórych godzinach, po wcześniejszym ustaleniu. Tę specyfikę należało uwzględnić szacując pracochłonność i koszty dojazdu oraz pobytu ekipy montażowej. Ponadto po zakończeniu prac, a przed zgłoszeniem odbioru danej części, należy przeprowadzić szkolenie min. 1 osoby wyznaczonej przez Zamawiającego z zakresu Access Point-ów i kontrolera wifi, co najmniej w zakresie posiadanych funkcjonalności, konfiguracji, zarządzania, monitoringu oraz rozwiązywania problemów. Szkolenie musi więc przeprowadzić wykwalifikowany inżynier w wymiarze min. 8 h aby przekazać wiedzę teoretyczną i praktyczną. Należy zwrócić uwagę, że do szkolenia inżynier powinien się przygotować, powinien przygotować odpowiednie materiały szkoleniowe i instruktażowe. Szkolenia powinny odbywać się odrębnie dla każdej z części i ich pełny koszt (wraz z dojazdem) powinien być uwzględniony w cenie każdego zadania.

Zdaniem Odwołującego, analiza poziomu cen zaoferowanych przez Trecom dla części 3-17 i 19-39, wskazuje, na tak niski ich poziom, że niemożliwe wydaje się wykonanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem rynkowych i adekwatnych stawek wynagrodzenia i odpowiedniej dla danego zakresu pracochłonności. I to niezależnie, od konieczności pokrycia kosztów zakupu odpowiednich urządzeń i materiałów.

Odwołujący podniósł, że poza zakupem samych urządzeń, w cenie oferty należało uwzględnić również dostarczenie odpowiedniego oprogramowania i licencji umożliwiających

ich działanie zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. W ofercie Trecom nie podano danych identyfikujących oferowane oprogramowanie, co budzi wątpliwości co do wyceny i ujęcia w ofercie kosztów związanych z dostarczeniem prawidłowych licencji i konfiguracji oprogramowania zgodnych z wymaganiami SWZ. Z oferty nie wynika również, czy prawidłowo wyceniono w każdej części wsparcie serwisowe (gwarancję) producenta. Zgodnie z wymaganiami SWZ, w cenie oferty należało ująć dostęp do aktualizacji/poprawek oprogramowania kontrolera wifi i urządzeń access point, przez cały okres Rękojmi i Gwarancji. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, producent Huawei wymaga wykupienia odpowiedniego oprogramowania, aby możliwy był dostęp do poprawek. Koszty te należało uwzględnić w wycenie oferty. Ponadto, oprócz urządzeń aktywnych wymienionych w formularzu ofertowym dla każdej z części, w celu realizacji przedmiotu zamówienia, należało dostarczyć również pozostałe niezbędne elementy takie jak: okablowanie, szafki Rack, UPSy, punkty LAN i PEL oraz pozostałe materiały instalacyjne. Są to koszty, które również należało uwzględnić w wycenie w odpowiedniej wysokości, wraz z usługą montażu, mimo że nie wyodrębniono ich w Formularzu oferty.

Odwołujący zaznaczył, że nie ma dostępu do ww. wyjaśnień w związku z zaniechaniem ich udostępnienia przez Zamawiającego, natomiast w przypadku gdy wyjaśnienia są ogólnikowe, nieoparte dowodami lub nieodpowiadające wyczerpująco na wystosowane wezwanie, powinny być uznane za niewystarczające w świetle art. 224 ustawy Pzp. Dodał, że ogólnikowość złożonych wyjaśnień czy brak złożenia dowodów nie może stanowić podstawy do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia,

a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Trecom Poznań Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut główny, tj. zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących ceny oferty i załączonych do tych wyjaśnień dowodów.

Izba ustaliła w tym zakresie następujący stan faktyczny:

Pismem z 7 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny oferty złożonej w ramach części: 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, oraz 39. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia winny zawierać informacje dotyczące w szczególności:

- wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw lub usług;
- oryginalności dostaw lub usług oferowanych przez wykonawcę;
- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207);

Przystępujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył wyjaśnienia, których treść, wraz z załącznikami w postaci umów z pracownikami, ofert poddostawców, w szczególności ich nazw oraz oferowanych przez nich cen zakupu oraz szczegółowego zestawienia kosztów, zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący przytoczył treść art. 11 w ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz powołał się na założenia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem,

a także na art. 39 Porozumienia z 15 kwietnia 1994 r. w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej – załącznik 1C do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu. Ponadto Przystępujący przedstawił następujące uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

Kierując się powyższymi regulacjami oraz przesłankami związanymi z interpretacją oraz celami wprowadzenia na terenie UE jednolitych regulacji w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca wskazuje, że przedstawiając w ramach wyjaśnień sposób skonstruowania swojej oferty w obszarze ceny za tajemnicę uznaje następujące informacje:

1.informacje o stawkach wynagrodzeń poszczególnych pracowników, które posiadają wartość gospodarczą i ich ujawnienie może powodować szkodę z uwagi na możliwość przejścia przez inne podmioty pracowników wykonawcy; Każda z tych informacji posiada charakter gospodarczy i podlega ochronie. Dane płacowe podlegają ochronie cywilnoprawnej. Sąd Najwyższy zakwalifikował informacje o wynagrodzeniu jako dobro osobiste pracownika podlegające ochronie (uchw. SN z 16 lipca 1993 r., I PZP 28/93). Co za tym idzie ich pogwałcenie jest podstawą do pociągnięcia pracodawcy do odpowiedzialności z tytułu naruszenia dóbr osobistych. Sąd przyjął, że naruszeniem jest ujawnienie danych o wynagrodzeniu bez zgody pracownika, jeśli narusza to jego sferę prywatności lub pracownik wyraźnie się temu sprzeciwił.

2.informacje o sposobie kalkulacji ceny, informacje o podmiotach współpracujących z Wykonawcą oraz zasady tej współpracy

Wszelkie informacje na temat kalkulacji ceny (wynikające z przedstawionego szczegółowego zestawienia kosztów), informacje o podmiotach współpracujących z Wykonawcą, a także zasady tej współpracy stanowią know how wykonawcy i mają charakter organizacyjny, gdyż stanowią wynik wieloletniego doświadczenia wykonawcy i stanowią element determinujący przewagę konkurencyjną wykonawcy. Ich ujawnienie mogłoby powodować szkodę wynikającą z możliwości uwzględnienia tych parametrów w przyszłych postępowaniach przez innych wykonawców, a co za tym idzie mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca byłby pozbawiony kolejnych zamówień publicznych.

Wskazane wyżej informacje mają charakter organizacyjny i handlowy i jako takie posiadają wymierną wartość gospodarczą dla wykonawcy gdyż umożliwiają w tym, jak i innych postępowaniach uzyskanie najniższej ceny pozwalającej na uzyskanie zamówienia publicznego. Odpowiedni poziom i dobór metod organizacji, istniejące i wypracowane na przestrzeni wielu lat relacje z partnerami handlowymi, przyjęte stawki wynagrodzenia stanowią źródło przewagi konkurencyjnej wykonawcy w branży, która odznacza się dużą polaryzacją wykonawców. Branża ta wymusza ochronę tego rodzaju informacji przed

konkurencją, gdyż w innym wypadku przedsiębiorca nie mógłby skutecznie konkurować z innymi uczestnikami rynku właściwego. Konsekwencją zdobytego na przestrzeni wielu lat doświadczenia jest uzyskanie przez nas korzystnej ekonomicznie oferty, która po doliczeniu kosztów własnych przedsiębiorstwa, jak również marży, pozwoliła nam na zaoferowanie wykonania przedmiotu Zamawiającemu po najkorzystniejszej cenie. Taki efekt nie byłby możliwy, gdyby inne podmioty konkurencyjne dysponowały wiedzą jak go osiągnąć.

Nasza polityka cenowa, sposób realizacji zamówienia, dobór pracowników, sposób konstruowania przez nas ceny ofertowej nie jest znany naszej konkurencji. Gdyby tak było, prawdopodobieństwo zaoferowania Zamawiającemu świadczenia po najkorzystniejszej cenie, byłoby bliskie zeru. Nasi rynkowi konkurencji nie posiadają wiedzy na temat sposobu konstruowania przez nas oferty, w szczególności w zakresie wynagrodzenia personelu czy cen oferowanych przez poddostawców.

Ich znajomość pozwoliłaby konkurencji, nie tylko na skopiowanie sposobu budowania oferty, przesłanek branych pod uwagę przy jej konstruowaniu, lecz w zasadzie uniemożliwiłaby w przyszłości uzyskanie przez wykonawcę jakiegokolwiek zamówienia publicznego.

Przedstawiony Zamawiającemu w trakcie wyjaśnień zbiór danych pozwalających na ustalenie poziomu wynagrodzeń poszczególnych pracowników, poziomu cen oferowanych przez poddostawców ma charakter organizacyjnohandlowy i może posłużyć innym konkurentom na skuteczne dokonanie przejęcia pracowniczego, co spowoduje oczywistą stratę u wykonawcy.

Wszystkie te elementy wpisują się w aktualnie obowiązującą definicję „tajemnicy przedsiębiorstwa” przy uwzględnieniu celu, jaki został wyrażony we wskazanej wyżej dyrektywie, której postanowienia zostały implementowane do krajowego porządku prawnego.

Wykonawca nie publikuje danych o zarobkach pracowników czy szczegółach wyceny na żadnych portalach ogólnodostępnych a ich zdobycie z uwagi na stosowaną politykę prywatności danych jest niemożliwe.

Ponadto, należy mieć na uwadze, że dane zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są w ogóle dostępne dla osób postronnych, poza upoważnionymi pracownikami, co wskazuje na spełnienie drugiej przesłanki zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ujawnienie danych o kosztach zakupu poszczególnych urządzeń czy sposobie organizacji pracy oraz danych o wynagrodzeniach mogłoby poczynić wykonawcy szkodę. Inni wykonawcy znając poziomy kosztów obecnie oferowanych mogliby bowiem ubiegać się w innym zamówieniach u dostawców o takie same ceny. Podobnie kwestia wynagrodzeń –

inne podmioty mogłyby podjąć próbę przejęcia pracowników znając poziom ich obecnych wynagrodzeń. Z kolei pozyskanie wiedzy o metodologii wykonania zamówienia i przyjętych rozwiązaniach optymalizujących mogłoby być wykorzystane w innych postępowaniach i dawać tym samym przewagę.

Odnosząc się do kolejnej przesłanki ujętej w treści definicji tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 2 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), tj. czynności podjętych przez przedsiębiorcę w celu zachowania ich poufności wykonawca wskazuje, że jego personel i współpracownicy zostali zobligowani do zachowania w tajemnicy informacji, które uzyskali w trakcie czynności przygotowania oferty dla Zamawiającego. Co do tej przesłanki wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 r. I CKN 304/00, w którym czytamy: „podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych działań z ich strony”.

Wykonawca podjął stosowne działania mające na celu zachowanie poufności, na dowód czego załącza:

- umowy z pracownikami, zawierające postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności tj. zobowiązanie personelu do zachowania w tajemnicy informacji uzyskanych w trakcie realizacji obowiązków związanych z przygotowaniem oferty;*
- oferty z poddostawcami, które obligują do zachowania jej w poufności;*

Dostęp do danych zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa mają jedynie ściśle upoważnione osoby (zarząd, osoby przygotowujące ofertę), które są zobowiązane do nieudostępniania tych informacji innym osobom – także wewnątrz spółki.

Powyższe potwierdza, że wykonawca podjął szereg kroków zmierzających do ochrony danych, które posiadają dla niego wartość gospodarczą i umożliwiają mu złożenie w niniejszym postępowaniu korzystnej ekonomicznie oferty. Wszystkie te elementy wpisują się w aktualnie obowiązującą definicję „tajemnicy przedsiębiorstwa” przy uwzględnieniu celu, jaki został wyrażony we wskazanej wyżej dyrektywie, której postanowienia zostały implementowane do krajowego porządku prawnego.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 18 ust. 3 ustawy, 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.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia.

Zauważyć należy, że w poprzednim stanie prawnym, przed nowelizacją z 29 sierpnia 2014 r., ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy nałożyła na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Rozwiązanie takie zostało utrzymane w obecnie obowiązującym stanie prawnym. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo

dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie.

Z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika także, że wykazanie skuteczności zastrzeżenia powinno nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji.

Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacje 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,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarczy więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. 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.

W ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia przedłożone przez Przystępującego nie potwierdza zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia jest ogólnikowe, obejmujące gołosłowne deklaracje wykonawcy oraz teoretyczne wywody na temat obowiązującego stanu prawnego. Ma ono charakter na tyle ogólny, że mogłoby w tym samym kształcie zostać przedstawione w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Po pierwsze zauważenia wymaga, że argumentacja przedstawiona przez Przystępującego na stronach 2-3 uzasadnienia zastrzeżenia, to teoretyczne wywody dotyczące obowiązujących przepisów prawa, niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Następnie wskazać należy, że dalsza część uzasadnienia zawiera tylko gołosłowne deklaracje o wartości gospodarczej określonych informacji, przy czym wartość ta – w ocenie Izby – nie została ani wykazana, ani nawet uprawdopodobniona.

W odniesieniu do kalkulacji cenowej stwierdzić należy, że gdyby przyjąć twierdzenia Przystępującego, że kalkulacja taka ma ze swej natury wartość gospodarczą, gdyż ujawnia politykę cenową wykonawcy, to prowadziłoby to do nieakceptowalnego wniosku, że może ona co do zasady pozostawać w postępowaniach o udzielenie zamówienia niejawną. Z uzasadnienia nie sposób powziąć żadnej wiedzy, dlaczego akurat kalkulacja przedstawiona przez Przystępującego w tym postępowaniu miałyby taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowić, nie wiadomo, jakie szczególne cechy można tej kalkulacji przypisać. Zauważenia wymaga przy tym, że – jak wskazywał sam Przystępujący w postępowaniu odwoławczym – jest to kalkulacja dokonana na potrzeby tego konkretnego postępowania, nie wiadomo więc, w jaki sposób mogłaby być w przyszłości wykorzystana przez innych wykonawców w celu stworzenia przewagi konkurencyjnej. W tej sytuacji całkowicie gołosłowne i pozbawione uzasadnienia pozostają twierdzenia Przystępującego, jakoby wiedza o sposobie skonstruowania oferty złożonej w tym postępowaniu uniemożliwiałaby Przystępującemu w przyszłości uzyskanie jakiegokolwiek zamówienia publicznego. Argumentacja przedstawiona w tym zakresie stanowi jedynie zbiór ogólnikowych twierdzeń, a uznanie ich za wystarczające dla utrzymania niejawności informacji prowadziłoby do daleko idącego wypaczenia zasady jawności postępowania

o udzielenie zamówienia, stanowiąc jednocześnie zagrożenie dla innych zasad udzielania zamówień publicznych, których realizacji służy jawność postępowań.

Izba nie kwestionuje przy tym, że kalkulacja ceny w określonych okolicznościach może mieć wartość gospodarczą, warunkiem zachowania jej niejawności jest jednak wykazanie tej wartości przez wykonawcę. Przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia w najmniejszym stopniu nie można uznać za takie wykazanie.

Tak samo ocenić należy uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o podmiotach, z którymi Przystępujący współpracuje. Dodatkowo zauważenia wymaga, że Przystępujący nie wykazał, aby z uwagi na specyfikę branży lub szczególne cechy przedmiotu niniejszego zamówienia wiedza o podmiotach, z którymi współpracuje, miała na tyle istotny charakter, że mogłaby być wykorzystana przez konkurentów w przyszłych postępowaniach. Również w tym zakresie uzasadnienie zastrzeżenia ogranicza się do ogólnikowych twierdzeń, oderwanych od uwarunkowań dotyczących podobnych rodzajowo zamówień. Przystępujący nie odniósł się do ofert kontrahentów indywidualnie, nie wykazał, aby poszczególne oferty obrazowały szczególnie atrakcyjne, niedostępne innym wykonawcom warunki handlowe. Uzasadnienie zastrzeżenia w tym zakresie jest na tyle ogólnikowe, że mogłoby być przedstawione w tym samym brzmieniu w każdym innym postępowaniu i w odniesieniu do każdej innej oferty handlowej.

W ocenie Izby przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazuje też, w czym wyraża się wartość gospodarcza informacji o personalu wykonawcy. Tezy o ryzyku przejęcia pracowników Przystępującego przez innych wykonawców należy uznać za niczym nieoparte, w szczególności nie wykazano, że jest to personel szczególnie pożądaný na rynku, o unikalnych kwalifikacjach, nie wykazano też, aby Przystępujący spotkał się z próbami takiego przejęcia. Nie wiadomo też, dlaczego Przystępujący zastrzega całość załączonych do wyjaśnień umów, powołując się na konieczność cywilnoprawnej ochrony informacji płacowych. Uzasadnienie w tym zakresie jest pozbawione jakichkolwiek podstaw, biorąc pod uwagę, że przedłożone umowy zostały zanonimizowane – dane osobowe członków personalu wykonawcy nie zostały udostępnione nawet Zamawiającemu. Informacji pozwalających ustalić wynagrodzenie poszczególnych osób nie zawierają też złożone wyjaśnienia.

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego o możliwości zastrzeżenia zbioru informacji Izba wskazuje, że skorzystanie z tej możliwości wymaga wykazania, że jest to zbiór tak unikatowych informacji, że jako całość zasługuje na ochronę. Do wykazania takiego w rozpoznawanej sprawie nie doszło, a oceny tej nie może zmienić szczegółowa analiza

możliwości zastrzegania zbioru informacji, przedstawiona w piśmie procesowym Przystępującego.

Odnosząc się natomiast do argumentacji dotyczącej trudności z dostępnością urzędzeń, wynikających z sytuacji związanej z panującą pandemią, stwierdzić należy, że jest to argumentacja, której nie podniesiono w przedstawionym Zamawiającemu uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Okoliczności te zostały przywołane dopiero w postępowaniu odwoławczym, a – jak już wskazano powyżej – możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zależy od wykazania zasadności tego zastrzeżenia Zamawiającemu już w dacie przedstawiania tych informacji.

Na koniec, w odniesieniu do sposobu ochrony zastrzeżonych informacji zauważenia wymaga, że nie wszystkie oferty poddostawców obligują do zachowania poufności informacji – zastrzeżenia takiego nie zawiera oferta przedstawiona w załączniku nr 3 do wyjaśnień.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz załączonych do wyjaśnień dowodów. Ponieważ naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

Wobec uwzględnienia zarzutu głównego Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutu ewentualnego, dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący: