

sygn. akt: **KIO 158/21**

WYROK
z dnia 15 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **AWIMA sp. j. B. W., ul. 3-go Maja 2B/22; 05-410 Józefów**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21; 00-919 Warszawa**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DC System sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o., ul. Marsa 56A; 04-242 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **AWIMA sp. j. B. W., ul. 3-go Maja 2B/22; 05-410 Józefów** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **AWIMA sp. j. B. W., ul. 3-go Maja 2B/22; 05-410 Józefów**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) 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 – Narodowy Bank Polski, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Utrzymanie czystości i porządku w obiektach Centrali NBP w Warszawie”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 listopada 2020 r., pod nr 2020/S 227-558363.

Dnia 31 grudnia 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 11 stycznia 2021 roku wykonawca AWIMA sp. j. B. W. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

- 1) zaniechania przez zamawiającego ujawnienia i udostępnienia odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w ofercie wykonawcy-konsorcjum firm: DC System sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o. („*konsorcjum DC System*”), mimo, iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

z ostrożności od:

- 2) czynności wyboru przez zamawiającego oferty złożonej przez konsorcjum DC System, jako najkorzystniejszej pomimo tego, iż oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) czynności wyboru przez zamawiającego oferty złożonej przez konsorcjum DC System, jako najkorzystniejszej pomimo tego, iż oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nie odpowiadająca treści s.i.w.z.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia następujących informacji zawartych w treści oferty wykonawcy: *„Opis technologii i zarządzania usługą sprzątnia w NBP”*, składającego się z: *„Doboru środków chemicznych do sprzątnia”, „Doboru urządzeń i sprzętu”, „Instrukcje i procedury”, „Metody dezynfekcji”, „Plan czystości NBP 11.12.2020”, „Struktura organizacyjna wykonywania usług czystości w NBP”, „Sposób rozdziału rejonów do sprzątnia”, „Procedury przy nieobecnościach pracowników”, „System wsparcia organizacyjnego dla nowo zatrudnionych pracowników”, „Organizacja pracy serwisu dziennego”, „Inne*

elementy poprawiające jakość usługi”, „Zapewnienie ciągłości zaopatrzenia w środki czystości”,

2. art. 8 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. jedn. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.)- dalej jako: uznk poprzez uznanie, że informacje wskazane powyżej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, podczas gdy informacje te, z uwagi na ich treść, nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, poprzez uznanie, że informacje wskazane powyżej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, podczas, gdy wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał wartości gospodarczej informacji ani faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności tych zastrzeżonych informacji,

z ostrożności naruszenie:

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy jako oferty, której treść nie odpowiada treści s.i.w.z. w związku z nieuwzględnieniem w cenie kosztów wymaganych przez zamawiającego w s.i.w.z.,
6. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, wobec dokonania wyboru oferty wykonawcy, która podlegała odrzuceniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
 - c) ujawnienie i przekazanie odwołującemu dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnicę przedsiębiorstwa (w zakresie wskazanym w zarzutach),
 - d) dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

ewentualnie o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty konsorcjum DC System,
 - c) ujawnienie i przekazanie odwołującemu dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę, jako tajemnicę przedsiębiorstwa (w zakresie wskazanym w zarzutach),
 - d) dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby zamawiający przeprowadził czynność badania i oceny ofert zgodnie z wymogami, jakie nakłada na niego ustawa Pzp, oferta odwołującego mogłaby zostać wybrana, jako najkorzystniejsza. Odwołujący złożył ofertę ocenioną przez zamawiającego jako drugą w kolejności po ofercie wykonawcy. Stąd, w przypadku uwzględnienia odwołania i odrzucenia oferty obecnie złożonej za najkorzystniejszą, to oferta odwołującego może zostać oceniona jako najkorzystniejsza. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Dodatkowo zaniechanie ujawnienia znacznej części dokumentów z naruszeniem zasady jawności postępowania uniemożliwia odwołującemu pełen dostęp do dokumentacji postępowania i weryfikację decyzji zamawiającego, co również może wpływać na sytuację odwołującego w postępowaniu, w szczególności na możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż nieodtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy objętych przedmiotowym odwołaniem narusza elementarną zasadę Prawa zamówień publicznych sformułowaną w art 7 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącą, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto, podstawową zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest ich jawność (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Zastrzeżenie zatem określonych informacji z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp), jako wyjątek od tej zasady, powinno zawsze przebiegać zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae* (wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco). Z tych powodów skuteczne zobowiązanie zamawiającego do nieujawniania określonych informacji wymaga nie tylko zastrzeżenia, że nie mogą być one udostępniane, lecz także jednoczesnego wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym celu należy chociażby przedstawić wiarygodne dokumenty, jak np. wewnętrzne procedury obowiązujące w przedsiębiorstwie, przykłady umów z kontrahentami potwierdzające ochronę poufności itp.,

czego wykonawca nie przedstawił. Odwołujący podniósł, że to na zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji czy przedstawione przez wykonawcę informacje zasługują na ochronę. Przebieg analizy i ostateczna decyzja zamawiającego w zakresie utajnienia zastrzeżonych dokumentów mogą się przy tym w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znacząco różnić - w zależności od treści żądań wykonawcy i wagi przedstawionych przez niego informacji. W ocenie odwołującego informacje opisane w odwołaniu zostały zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa niezasadnie, w celu utrudnienia, a właściwie uniemożliwienia weryfikacji złożonej oferty przez odwołującego. Zamawiający natomiast błędnie uznał dokonane zastrzeżenia za skuteczne. Zgodnie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający winien udostępnić odwołującemu do wglądu dokumenty, których ujawnienia odwołujący żąda. Bezpodstawne utrudnienie dostępu do informacji w postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym samym narusza art. 8 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Bezpodstawne utrzymywanie tajemności wadliwie zastrzeżonych dokumentów może również skutkować udzieleniem zamówienia wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona, z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z., na które to okoliczności uwagę zamawiającego mógłby zwrócić odwołujący, gdyby uzyskał dostęp do zastrzeżonych materiałów. Naruszenie wskazanych przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ zaburza prawo do weryfikacji oferty konkurencyjnej i uniemożliwia odwołującemu sprawdzenie ich zgodności z ustalonymi w s.i.w.z. zasadami oceny i wyboru ofert, a w konsekwencji uniemożliwia odwołującemu skuteczne zaskarżenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podniósł, iż wykonawca przedstawił jedynie ogólnikowe wyjaśnienia, które jego zdaniem mają uzasadniać konieczność zastrzeżenia informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z wyjaśnień tych nie wynika żadna konkretna wartość gospodarcza zastrzeganych informacji, nie wskazano na czym miałyby polegać procedury zabezpieczające i jakie mają przełożenie na konkretne zastrzeżone informacje. Ponadto, wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa koncentrował się głównie na przytaczaniu orzecznictwa KIO i sądów powszechnych, a nie na rzeczywistym wyjaśnieniu podstaw uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego również analiza treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę nie pozwala na uznanie jej skuteczności. Wykonawca powołuje się każdorazowo do poszczególnych informacji, na to, iż *„bez wątpienia są to informacje, które posiadają wartość gospodarczą, gdyż stanowią wiedzę, którą posłużyć może się inny, zwłaszcza konkurencyjny podmiot, w celu osiągnięcia korzyści gospodarczych dla siebie, co uzasadnia wyłączenie ich jawności”*. Okoliczności te jednak nie zostały w żaden sposób przez wykonawcę wykazane. Twierdzenie wykonawcy o zagrożeniu posłużenia się tymi

informacjami przez konkurencyjny podmiot, w celu osiągnięcia korzyści gospodarczych dla siebie powinno zostać przez wykonawcę przynajmniej uprawdopodobniona. Wykonawca powinien wykazać, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego lub choćby jakiegokolwiek innego wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że uzasadnienie jest obszerne z racji, przytoczenia definicji tajemnicy i stanowisk orzecznictwa. Natomiast wykonawca nie pokazał w czym tkwi jego tajemnica. Wykonawca nie przedstawił również nawet cienia dowodu pozwalającego na przyjęcie, że procedury poufności zostały wdrożone. Zdaniem odwołującego, ciężar wykazania skuteczności zastrzeżonych informacji spoczywa na wykonawcy, który takie informacje zastrzega. Wykazanie skuteczności zastrzeżenia musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału i nie może ono budzić żadnych wątpliwości. Aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk (tak KIO w wyroku z dnia 12 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 523/19). W przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca nie tylko nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, co powołał się na nieobowiązujący już przepis art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), a tym samym na nieaktualną już definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając na uwadze charakter zastrzeganych informacji oraz samą treść uzasadnienia dla tego zastrzeżenia, odwołujący przypuszcza, że zastrzeżenie informacji miało na celu uniemożliwienie ich weryfikacji przez innych wykonawców, a nie jak próbuje to wykazać wykonawca ochroną swoich interesów gospodarczych. Co istotne, pomimo tego, iż np. wykonawca zastrzegł informacje dot. urządzeń i sprzętu to nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do poszczególnych urządzeń i sprzętu załączając do oferty broszury reklamowe. Tak więc, ujawniony został sprzęt, z jakiego ma zamiar korzystać wykonawca przy realizacji przedmiotowej usługi. Wątpliwe jest zatem zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu również do „doboru urządzeń i sprzętu” i twierdzenie, że wykaz proponowanego sprzętu i preparatów do realizacji usługi jest autorską koncepcją wykonawcy i jest związany z konkurencyjnością wykonawcy, ponieważ zawiera ściśle dane na temat proponowanych rozwiązań technicznych oraz technologii. Istotnie, po pierwsze wykonawca ujawnił poniekąd z jakiego sprzętu będzie korzystał (...). Po drugie, informacje te zostaną ujawnione przez zamawiającego w toku wykonania umowy. Po trzecie zaś, pamiętać należy, co wynika jasno z orzecznictwa KIO, że tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu (dobranie określonych produktów) odpowiadającego szczegółowym wymaganiom postawionym przez zamawiającego (KIO w wyroku z 5 stycznia 2018 r., o sygn. akt KIO 2652/17). Co również istotne, wykonawca czy to w zakresie sprzętu, czy preparatów

(dobór środków chemicznych) do realizacji usługi zaoferował produkty ogólnodostępne. W ocenie odwołującego, w odniesieniu do treści zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa informacja, iż dany wykonawca oferuje produkty danego producenta (czy określone modele) na rynku usług utrzymania czystości nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż te informacje są powszechnie dostępne i konieczne do prowadzenia tego rodzaju działalności. Ponadto, również modyfikacja tych produktów nie może stanowić o możliwości utajnienia produktu, który posłużył za bazę do ich przeprowadzenia. Sam fakt, że dany wykonawca zaoferował dane produkty i sprzęt, czy rozwiązania, jak chociażby metody dezynfekcji, procedury przy nieobecności pracowników, system wsparcia organizacyjnego dla nowo zatrudnionych pracowników w jednym z postępowań nie oznacza, że zaoferuje inne rozwiązania i inne produkty w innym postępowaniu. W odniesieniu przykładowo do „procedur i standardów, instrukcji oraz technologii, planów szkoleń” dot. również chociażby wskazanej przez zamawiającego „aplikacji do zarządzania usługą utrzymania czystości w NBP”, wykonawca z jednej strony zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, twierdząc, że jest to *know-how* przedsiębiorstw świadczących tak usługi sprzątnięcia, jak i usługi pozamedyczne stanowiące przedmiot postępowania, a z drugiej strony prezentacja dot. funkcjonalności Optima FM (Cleaning)- rozwiązanie wspierające zarządzanie usługami sprzątnięcia w obszarze Facility Services optymalizujące koszty zarządzania realizacją usług- zostało wskazane ofercie wykonawcy jako jawne. To samo dotyczy oprogramowania do zarządzania usługami z branży czystościowej SQ One. Stąd należy uznać, iż również informacje dot. procedur i standardów nie mogą być uznane za skutecznie zastrzeżone i tym samym, winny podlegać odtajnieniu. Co jednak najistotniejsze, cały Opis technologii i zarządzania usługą sprzątnięcia w NBP powstał, jak wskazuje sam wykonawca- powstał w oparciu o przedstawiony przez zamawiającego załącznik do s.i.w.z. Wymogi co do przedmiotowego Opisu zostały szczegółowo wskazane w rozdziale 17 s.i.w.z., gdzie zamawiający zarekomendował nawet zachowanie schematu i kolejności określonej w ust. 3. Istotnie zatem, zamawiający niejako narzucił gotowe rozwiązanie wykonawcom sporządzającym przedmiotowy Opis. Przede wszystkim miał on uwzględniać wszystkie wymagania zamawiającego określone w s.i.w.z. Nie można zatem uznać, jak twierdzi wykonawca, iż stanowi to w pełni autorską koncepcję wykonawcy, a tym samym nie można uznać, że ma dla wykonawcy znaczenie majątkowe i stanowi część wypracowanej, długoletniej praktyki oraz doświadczenia wykonawcy. Istotnie, zamawiający wskazał również, iż „dokument zawierający „Opis technologii i zarządzania usługą sprzątnięcia w NBP” winien uwzględniać wszystkie aspekty opisane przez zamawiającego w sposobie oceny ofert dot. Kryterium „Technologia wykonania usługi”, gdzie jeszcze bardziej uszczegółowiono informacje, jakie wykonawca winien wskazać, a które będą odpowiednio punktowane.

Niezależnie od powyższego, sama możliwość wyłączenia jawności postępowania w stosunku do informacji funkcjonujących w szerszym zestawie lub zbiorze danych nie może być nadużywana przez wykonawcę. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ściśle w granicach jej definicji, zawartej w art. 11 ust. 2 uznk. Ciężar udowodnienia określonych przesłanek, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał, oraz na zamawiającym - w przypadku, gdy nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których tajność zastrzegł wykonawca (tak wyrok KIO z 18 stycznia 2018 r., o sygn. akt KIO 9/18).

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący stoi na stanowisku, iż doszło do zagrożenia jego interesu w uzyskaniu zamówienia wskutek niezasadnego utajnienia informacji zawartych w ofercie wykonawcy biorącego udział w postępowaniu- informacji ocenianych na podstawie zakreślonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert.

W odniesieniu do zarzutów ewentualnych, odwołujący, na skutek niezasadnego utajnienia informacji zawartej w ofercie wykonawcy, zasadniczo został pozbawiony przez zamawiającego możliwości zaskarżenia jego czynności w postaci oceny oferty wykonawcy oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący dokonując analizy Załącznika nr 3 do s.i.w.z. - Formularz cenowy złożonego przez wykonawcę powziął poważne wątpliwości, co do zgodności oferty wykonawcy z treścią s.i.w.z. W ocenie odwołującego bowiem, koszty dot. minimalnej ilości pracowników przez zamawiającego, nie zostały w pełni uwzględnione przez wykonawcę w cenie oferty. Zgodnie z treścią dokumentacji postępowania i odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców zamawiający wymaga skierowania do realizacji przedmiotowej usługi 50 osób (teren wewnętrzny), 2 koordynatorów oraz 4 osób (teren zewnętrzny). W ocenie odwołującego zatem, nie tylko treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści s.i.w.z., ale również, z uwagi na prawdopodobne skierowanie do realizacji zamówienia mniejszej ilości osób, niż wynika to z wymagań zamawiającego - oferta ta zawiera rażąco niską cenę. Zatem więc, naruszenie wskazanych przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego poprzez nieujawnienie Opisu technologii i zarządzania usługą sprzątnia w NBP, w tym w szczególności struktury organizacyjnej wykonywania usług utrzymania czystości w NBP oraz podporządkowania służbowego pracowników i ich roli w procesie świadczenia usług może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ zaburza prawo do weryfikacji oferty konkurencyjnej i uniemożliwia odwołującemu sprawdzenie ich zgodności z ustalonymi w s.i.w.z. zasadami oceny i wyboru ofert, a w konsekwencji uniemożliwia zaskarżenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DC System sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o. (dalej: „przystępujący”).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nowa ustawa” albo „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nPzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1nPzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, wskazując, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się 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.

Treść wskazanego przepisu nakłada zatem na wykonawcę obowiązek, po pierwsze zastrzeżenia, w określonym terminie, informacji, które w jego ocenie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a po drugie wykazania, że określone informacje (zastrzeżone) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca nie nałożył na wykonawcę zastrzegającego określone treści tajemnicą przedsiębiorstwa, przedstawienia dowodów potwierdzających zasadność takiego zastrzeżenia. Powyższe oznacza, że ustawodawca pozostawił wykonawcy swobodę w kształtowaniu swojego stanowiska, kładąc nacisk na obowiązek wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia. Twierdzenie to pozwala na przyjęcie, iż to wykonawca, jeżeli uzna to za konieczne, powoła się lub załączy określone dowody, potwierdzające zasadność zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji przedstawionych w ofercie. Zdaniem Izby, nie ma możliwości nakładania na wykonawców obowiązku składania dowodów, na potwierdzenie okoliczności powoływanych w treści zastrzeżenia. Pozostawiono w tym względzie pełną swobodę wykonawcy, oczywiście z pełną odpowiedzialnością wykonawcy, w zakresie skutków takiego działania.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający określając kryteria oceny ofert, duży nacisk położył na kryterium pod nazwą Technologia wykonywania usługi, ustalając jego rangę na poziomie 38 %. Powyższe oznacza, że zamawiający, miał świadomość możliwości wykonawców w zakresie opracowania technologii wykonywania usługi poprzez subiektywne ich opracowanie oczywiście z uwzględnieniem obiektywnych czynników, na które wskazywał w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający. Tym samym uznać należało, iż koncepcja dotycząca technologii wykonywania usługi, opracowana przez wykonawców, z całą pewnością musi zawierać elementy charakterystyczne, dedykowane temu konkretnemu zamówieniu, które można opisać jako *know-how* wykonawcy.

W ocenie Izby, zastrzeżone przez przystępującego dokumenty, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem poczynione zostały odpowiednie zabiegi ze strony przystępującego w celu zachowania ich w tajemnicy (nie zostały ujawnione innym podmiotom, przystępujący poczynił odpowiednie kroki w celu zachowanie tych informacji w tajemnicy), co więcej, stanowią określoną wartość gospodarczą, która może dać przewagę konkurencyjną wykonawcy. Przystępujący składając ofertę zastrzegł „*Opis technologii i zarządzania usługą w NBP*”, zwaną „koncepcją sprzętania” jako tajemnicę przedsiębiorstwa i wykazał, iż nie może ona być udostępniana innym podmiotom. Podkreślenia wymaga fakt, iż ww. koncepcja zawiera nieujawnione do wiadomości publicznej informacje, posiadające wartość gospodarczą, co do których przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, ponieważ dostęp do informacji powołanych powyżej jest ograniczony i regulowany politykami ds. informacji zastrzeżonych u obu wykonawców

tworzących konsorcjum. Dokumenty zastrzeżone zawierają informacje istotne z punktu widzenia przystępującego, posiadające wartość gospodarczą, których ujawnienie mogłoby wyrządzić szkodę przystępującemu, jak również każdemu z członków konsorcjum z osobna. Informacja przedstawia wartość gospodarczą dla przystępującego z tego powodu, że pozostaje poufna. Zdaniem Izby, szczegółowy plan sposobu realizacji zamówienia, jako część wypracowanej, długoletniej praktyki oraz doświadczenia wykonawcy, stanowi istotny element konkurencji na rynku, pozyskiwania nowych kontraktów czy też efektywnej realizacji zamierzonych celów. Wszystkie ww. elementy, wskazane w zastrzeżeniach przystępującego dają podstawę do twierdzenia, że przystępujący wykazał zasadność zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa Technologii wykonywania usługi. Zdaniem Izby, informacje zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa są wytworzone indywidualnie dla realizacji przedmiotowego zamówienia. Jak wskazał przystępujący w zastrzeżeniu, informacje nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej i nie są one dostępne drogą zwykłą i dozwoloną, a dostęp do nich mają jedynie podmioty, których te informacje dotyczą. Przystępujący wskazał, że informacje te nie są udostępniane w jakiegokolwiek dostępnych publicznie materiałach, a system informatyczny, w których są przechowywane, został zabezpieczony, a fakt ochrony został zakomunikowany osobom biorącym udział w sporządzaniu oferty. Przystępujący podał również, że *„w przedsiębiorstwach wchodzących w skład Konsorcjum zostały podjęte systemowe rozwiązania zabezpieczające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem, polegające m.in. na odpowiedniej organizacji pracy zespołów projektowych, zawieraniu z pracownikami i osobami współpracującymi umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności, ograniczeniu ilości osób mających dostęp do danych technicznych i technologicznych, wprowadzeniu systemu monitorowania pracy komputerów, zabezpieczeniu nośników tajnych informacji, wdrożeniu wewnętrznych regulacji określających zasady bezpieczeństwa informacji, zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych bądź ograniczeniu ich treści, zawieraniu umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, które obejmują również jego pracowników i osoby z nim współpracujące. Wskazujemy, że zastrzeżone dokumenty zostały przygotowane wyłącznie pod kątem realizacji przedmiotu zamówienia w tymże postępowaniu przetargowym, jak również zawierają szczególne informacje, które bezspornie mają samodzielną i obiektywną wartość gospodarczą wymagającą szczególnej ochrony. Nadmieniamy również, że rozwiązania przez nas przyjęte mają charakter indywidualny, niepowtarzalny, zawierają dane znane tylko Państwu. Zastrzeżone dokumenty i oświadczenia nie stanowią ogólnych informacji, powtarzalny w wielu postępowaniach, znanych ogólnie branży, ale opracowane zostały w sposób autorski, odpowiadających szczególnym i indywidualizowanym potrzebom Zamawiającego. Oświadczamy ponadto, że w stosunku do tych zastrzeżonych informacji podjęliśmy wszystkie niezbędne czynności*

w celu zachowania ich poufności (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2012 r. – sygn. akt KIO 277/12). Zaznaczyć jednocześnie należy, że informacje zawarte w tych dokumentach nie są znane ogółowi zainteresowanych osób oraz nie mogą zostać uzyskane przez podmiot zainteresowany w zwykłej, dozwolonej prawem drodze, a w szczególności osobom i podmiotom, które ze względu na wykonywaną działalność gospodarczą są zainteresowane ich posiadaniem. Tego rodzaju przesłanki stanowią istotę uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/2000). Wykonawca pragnie podkreślić, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie należy oceniać łącznie, jako powiązane ze sobą elementy jednego projektu oferującego szczegółowe rozwiązania techniczne dla osiągnięcia funkcjonalności określonej przez Zamawiającego. Ponadto, zastrzeżone załączniki i oświadczenia zawierają istotne dane o charakterze handlowym, których poufność niewątpliwie ma znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawców.”.

Izba podkreśla, że odwołujący nie sprostał obowiązkowi dowodowemu wynikającemu z przepisu art. 534 ust. 1 nPzp. Wskazać bowiem należy, iż odwołujący poza twierdzeniami i założeniami wynikającymi z treści odwołania oraz tymi przedstawionymi na rozprawie, w żadnej mierze nie wykazał, że zastrzeżenie poczynione przez przystępującego, jest niewłaściwe. Odwołujący nie udowodnił czy i jakiego rodzaju informacje opisane w Technologii wykonywania usługi przystępującego, znajdują się w obrocie, czy też gdzie można z takimi informacjami się zapoznać. Nie zmienia tego faktu okoliczność związana z jawnością ulotek i katalogów dotyczących środków chemicznych i urządzeń, albowiem sam fakt powołania się na ich użycie nie kształtuje jeszcze obrazu dotyczącego sposobu wykonania zamówienia. Powyższe potwierdza indywidualny charakter opracowania przystępującego, które w ocenie Izby, zasługuje na ochronę prawną.

Za całkowicie bezzasadne Izba uznała zarzuty odwołującego dotyczące zaniechania zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W powyższym zakresie odwołujący nie udowodnił, na czym miałyby polegać niezgodność treści oferty przystępującego z s.i.w.z. oraz nie udowodnił, jakie elementy oferty przystępującego pozwalają na stwierdzenie rażąco niskiej ceny. Jedynie na marginesie Izba zwraca uwagę, iż w związku z tym, że zamawiający nie przeprowadzał procedury opisanej przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to na odwołującym spoczywał obowiązek wykazania, że cena oferty przystępującego jest rażąco niska. Odwołujący w tym zakresie postępowania dowodowego nie przeprowadził. Tym samym nie było konieczności odwoływania się przez Izbę do dowodów złożonych na rozprawie przez zamawiającego oraz przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: