

WYROK
z dnia 25 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Solid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Łódzki z siedzibą w Łodzi;**

przy udziale: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Agencja Ochrony ESKORT Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi; Agencja Ochrony Osób i Mienia ARGO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k.; ESKORT Sp. z o.o.** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** w zakresie naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 1010) i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 1.2. uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony ESKORT Sp. z o.o.; Agencja Ochrony Osób i Mienia ARGO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k.; ESKORT Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi z dnia 25 września 2019 r., złożonych

na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztów w jego ofercie i udostępnienie odwołującemu powyższych wyjaśnień;

- 1.3. dokonanie powtórnej oceny ofert, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności, o których mowa powyżej.
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, 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 tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Uniwersytet Łódzki z siedzibą w Łodzi - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne o wartości zamówienia powyżej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 750.000 euro pn. „Usługa ochrony fizycznej obiektów, osób i mienia Uniwersytetu Łódzkiego w okresie 34 miesięcy”; znak sprawy 29/ZP/2019/S - część I (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

W dniu 31 lipca 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 146-360553.

W dniu 11 października 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Solid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp”, wniósł odwołanie od następującego zachowania zamawiającego:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony ESKORT Sp. z o.o.; Agencja Ochrony Osób i Mienia ARGO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k.; ESKORT Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej „Konsorcjum Eskort” lub „przystępujący”);
2. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Eskort, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu tj. zaniechania odrzucenia oferty mimo ziszczenia się przesłanek z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp;
3. zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Eskort, złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;
4. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Eskort mimo, iż podejmowanie przez Konsorcjum Eskort czynności naruszają zasady zachowania uczciwej konkurencji;
5. braku poszanowania zasady równego traktowania wykonawców, zasady jawności, a także wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, poprzez stworzenie sytuacji w której porównanie ofert jest niemożliwe.

Na skutek ww. zachowania zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów:

1. art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK”) w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c., poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum Eskort, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, polegającą w szczególności na: przyjęciu, że wyjaśnienia te podlegają utajnieniu, mimo iż Konsorcjum Eskort nie wykazało, że zastrzegane przez nie informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa; nieuzasadnionym utajnieniu tych dokumentów, a w konsekwencji zaniechaniu odtajnienia (ujawnienia) informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum Eskort dotyczącym rażąco niskiej ceny;
2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Eskort w sytuacji, gdy złożyło ono nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawiło dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny i jej istotnych części składowych, a tym samym nie wykazało, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, przez co zamawiający, wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśnień, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Eskort, mimo iż nie udźwignęło ono spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obaliło domniemania, że cena oferty jest rażąco niska;
3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się poprzez: utajnienie informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz wybór, jako oferty najkorzystniejszej, oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż Konsorcjum Eskort nie obaliło domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK poprzez: wybór oferty Konsorcjum Eskort jako najkorzystniejszej mimo, iż złożenie przez nie oferty w kształcie obecnym stanowi działanie noszące znamiona nieuczciwej konkurencji w postaci wskazania w arkuszu cenowym w jego części G kwoty 110,00 zł. netto za usługę podjazdów grupy interwencyjnej (ryczałt miesięczny za 1 chroniony obiekt) co wypełnia przesłanki utrudniania dostępu do rynku innym

przedsiębiorcom, poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia i świadczenia, w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Eskort;
2. odtajnienia całości lub w odpowiedniej części wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Eskort w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wszystkich dowodów do nich załączonych;
3. dokonania ponownej oceny ofert i wyborze oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

a także obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przez Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego objęcia wyjaśnień Konsorcjum Eskort tajemnicą przedsiębiorstwa wskazywał, że skuteczność zastrzeżenia przez wykonawcę w toku ubiegania się o zamówienie publiczne danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa - w postaci zaktualizowania się ustawowego zakazu ich ujawnienia - jest uwarunkowana uprzednim stwierdzeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK. Stąd też oczywiste jest, że właśnie potencjalny adresat tego zakazu, tj. zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki (zob. uchwała SN z 21 października 2005 r., III CZP 74/05). W niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, że badanie takie zostało przez zamawiającego przeprowadzone skoro zamawiający w zasadzie bezkrytycznie uznał, że wyjaśnienia Konsorcjum Eskort stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Eskort jest lakoniczne i ogólnikowe, tym samym przyjąć należy, że wykonawca nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W wyroku z dnia 17 czerwca 2015 r. sygn. KIO 1161/15 Izba przypomina, że „sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza więcej niż wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.” Takie stanowisko prezentuje również Izba w wyroku z 10 lipca 2015 r., sygn. akt. KIO 1185/15. Zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1384/14 uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno odnosić się też do konkretnych faktów i działań oraz zawierać wskazanie czynności objętych przez wykonawcę w celu zachowania poufności informacji, w sposób nie budzący niczyjej wątpliwości. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Konsorcjum Eskort nie przedstawiło w zakreślonym dla tego terminie żadnych postulowanych przez orzecznictwo twierdzeń,

wywodów a w szczególności dowodów potwierdzających słuszność choćby tych kilku zdań z pisma z 25 września 2019 r. Jak wynika z powyższego orzeczenia w sytuacji, gdy wykonawca nie przedstawi stosownych dowodów na to, że dane informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, informacje te nie mogą być wyłączone z udostępnienia wykonawcom biorącym udział w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Warto przy tym zauważyć, że zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnione zostaną łącznie trzy warunki: (i) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą; (ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej; (iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zamawiający, w świetle powyżej poczynionych uwag winien zweryfikować, czy wykonawca wykazał spełnienie względem danej informacji każdego z w/w wymagań. Jak możemy jedynie zakładać, w przypadku Konsorcjum Eskort, taka sytuacja nie miała miejsca. Dodał również, że zamawiający nie powinien traktować wyjaśnień wykonawcy jako jednolitego dokumentu, lecz winien ocenić, które z informacji w nich zawarte mogą być ewentualnie uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślał, że nie jest możliwe przyjęcie automatyzmu polegającego na stwierdzeniu, że każde wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zawsze i w całości mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wskazała Izba w wyroku z 18 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 59/12) to zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżeń pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie tylko analizując określony dokument jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokument nie musi bowiem - a czasami wręcz nie może - podlegać zastrzeżeniu w całości, lecz tylko w określonej części. Izba wskazuje też że przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym (zob. wyrok KIO z 4 marca 2011 r., KIO 322/11). Sam fakt, że zastrzegana informacja zawiera nazwę kontrahenta wykonawcy, wysokość cen i kosztów składających się na oferowane wynagrodzenie, z góry nie oznacza, że posiada ona wartość gospodarczą, a przez to walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zwracał uwagę, że Izba wielokrotnie wyrażała swoją dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania przez zamawiających zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nawet wtedy, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co ewidentnie służyć ma wyłącznie utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji jego oferty (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2710/12). Oczywiście pozostaje,

co zostało potwierdzone m.in. w wyroku KIO z dnia 22 lipca 2014 r. KIO 1384/14, że uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Stąd dotychczasowa linia orzecznicza KIO w zakresie zastrzegania i wykazywania tajemnicy przedsiębiorstwa nakazuje zamawiającemu restrykcyjne podejście w zakresie oceny spełnienia przesłanek skutecznej tajemnicy przedsiębiorstwa tak m.in. w wyrokach : KIO 863/15 z 11 maja 2015 r., KIO 636/15 z 15 kwietnia 2015 r., KIO 764/15 z 5 maja 2015 r., KIO 291/15 z 2 marca 2015 r. Zasadą jest jawność postępowania i wszelkich składanych w jego toku dokumentów, natomiast wszelkie odstępstwa od tej zasady należy interpretować zawężająco, a ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa każdorazowo na podmiocie zastrzegającym tajemnicę. To Konsorcjum Eskort, jako profesjonalista powinien dołożyć należytej, szczególnej staranności i wykazać wszelkimi możliwymi metodami, że dany dokument zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa i nie może być pokazywany innym podmiotom (w szczególności nie można za takowe uznać jedynie i wyłącznie załączenia pisma, o ogólnej powtarzalnej treści, nieodnoszącej się precyzyjnie do zastrzeganej informacji, w którym powołuje się konieczne okoliczności faktyczne; inna interpretacja ustawy Pzp prowadziłaby do patologicznego nadużycia rozwiązania z art. 8 ust 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do sposobu udzielenia przez Konsorcjum Eskort wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i uznania tych wyjaśnień przez zamawiającego, wskazywał na zapisy dyrektywy klasycznej 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65 oraz ustawy Pzp, które to nakładają na zamawiającego obowiązek uzyskania od wykonawców wyjaśnień ofert, w których zaproponowana cena lub koszt będzie wydawać się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do odnośnych usług. Zwrócił uwagę, że z dniem 28 lipca 2016 r. brzmienie art. 90 ustawy Pzp uległo zmianie w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. pozycja 1020). Regulacja prawna zawarta w/w przepisie została uszczegółowiona oraz, co stanowi konsekwencje zmian w zakresie kryterium oceny ofert o charakterze stricte ekonomicznym, odnosi się obecnie również do kosztu, w tym kosztu i ceny części składowych zaoferowanej ceny. W omawianej kwestii wypowiedział się Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, który w swojej opinii wskazał, iż: „celem procedury wyjaśnienia, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. O tym czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, ocenia w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

(dawniej ETS) podnoszono, że procedura wyjaśnień jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej ceny (por. wyrok z 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyr. z 15 maja 2008 r. C-147/06, wyr. z 29 marca 2012 r. C-599/10). Ciężar dowodu w zakresie wskazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. W wyroku z dnia 6 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „(...) nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)” Stanowisko to potwierdza też Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10), jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na zastrzeżenia poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do możliwości ponownego żądania wyjaśnień. Izba w swoim orzecznictwie (por. wyrok z 17 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1410/15, czy z dnia 27 lipca 2015, sygn. akt KIO 1476/15) niejednokrotnie wskazywała, że żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy, złożone na wcześniejsze wezwanie zamawiającego, budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów złożonych przez wykonawcę „na pierwsze wezwanie”. Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli wykonawca nie rozwiął jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił, na potwierdzenie powyższego, stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciężącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp ciężaru dowodu.

Odwołujący, przenosząc powyższe uwagi na grunt przedmiotowego postępowania, wskazał, iż zamawiający pismem z 24 września 2019 r. wezwał Konsorcjum Eskort do złożenia wyjaśnień. W dniu 25 września 2019 r. Konsorcjum Eskort takich wyjaśnień udzieliło.

Odwołujący nie ma wprawdzie wiedzy odnośnie treści złożonych wyjaśnień, niemniej jednak uwzględniając praktykę niektórych wykonawców działających na rynku, odwołujący zarzuca, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego są nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne, w tym - ze względu na poziom ogólności - odnoszą się nie tylko do postępowania prowadzonego przez zamawiającego ale i do innych postępowań i relacji biznesowych Konsorcjum Eskort. Wobec powyższego zamawiający nie był uprawniony przyjąć na ich podstawie, że zaoferowana przez przystępującego w tym postępowaniu cena ma charakter rynkowy.

Mając na uwadze dotychczasowe doświadczenia odwołującego, wskazać należy, że od Konsorcjum Eskort oczekiwać należało przedstawienia szczegółowych kalkulacji ceny (istotnej jej części), popartej dowodami wskazującymi na rynkowy charakter kosztów i poprawność przyjętych założeń na potrzeby jej dokonania. Samo wskazanie na rzekome możliwości wynikające z unikalnych metod działania nie spełnia wymogów stawianych wyjaśnieniom z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazanych na wstępie. Nie jest także wystarczające przedstawienie przez Konsorcjum Eskort ogólnej informacji, przykładowo o realizowanych kontraktach na rzecz innych podmiotów. Skoro takie argumenty znalazły się w wyjaśnieniach powinny one być szczegółowo opisane i udowodnione. Konsorcjum Eskort winno ponadto udowodnić że przedstawiane przez niego założenia przekładają się na konkretną wartość liczbową, tj. na wysokość oszczędności jakie z tego tytułu udało się osiągnąć wykonawcy. Jeżeli w wyjaśnieniach brak jest szczegółowych informacji na temat ponoszonych przez niego kosztów, w tym dowodów na poprawność przyjętych w wyjaśnieniach wartości (np. w postaci ofert dostawców, umów z kontrahentami itp.) wyjaśnienia te pozostają wyjaśnieniami lakonicznymi, a przystępujący nie podolał spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu. Znamienny w niniejszej sprawie jest fakt, iż Konsorcjum Eskort, do złożonych przez siebie wyjaśnień, przedkłada tylko przedstawienie trasy podjazdów grup interwencyjnych na rzecz zamawiającego, trasy podjazdów grup interwencyjnych w sąsiedztwie Uniwersytetu Łódzkiego oraz wykaz średnich tankowań. Dowody te w żadnej mierze nie są w stanie posłużyć, w przekonaniu odwołującego, jako uzasadniające cenę zaoferowaną przez Konsorcjum Eskort w pkt G jego oferty. Zgodnie z tym punktem przystępujący oferuje wykonanie usługi polegającej na podjazdach grupy interwencyjnej (ryczałt miesięczny za 1 chroniony obiekt) za kwotę 110,00 zł.

Odwołujący przedstawił problematykę realizacji usługi za wskazaną przez przystępującego kwotę, odnosząc się do jednego tylko (pojedynczego) obiektu zamawiającego. Zgodnie z ofertą Konsorcjum Eskort wykona usługę polegającą na wykonaniu określonej dla danego obiektu liczby podjazdów grupy interwencyjnej, wraz z wykonaniem koniecznego sprawdzenia tego obiektu. W ciągu doby obiekt może być kontrolowany nawet trzy razy. Co oczywiste, mnożąc to przez liczbę dni w danym miesiącu wartość ta zdecydowanie się zwiększy. Usługa obejmuje zatem kilkadziesiąt podjazdów, wraz

z kontrolą danego obiektu, co jest skrajnie niemożliwe w ujęciu aktualnej sytuacji rynkowej. Odwołujący domyśla się po treści nazw załączników do wyjaśnień Konsorcjum Eskort, które próbuje forsować koncepcję o tym, że wykona podjazdy do obiektów zamawiającego „przy okazji” podjazdów realizowanych w tzw. „sąsiedztwie”. W pierwszej kolejności wskazuje, iż przystępujący nie przedstawił dowodów na to, że świadczy usługę tożsamą z oczekiwaną przez zamawiającego w bezpośredniej okolicy, objętych dokumentacją postępowania obiektów. Próbując nawet podzielić taką koncepcję wskazać należy, że usługa ta to nie tylko sam podjazd do obiektu ale i konieczna jego szczegółowa kontrola. Bezdyskusyjnym jest, że jest to zadanie pracochłonne, rozciągnięte w czasie i już nawet ta czynność wykonywana przez pracowników generuje koszty których miesięczne ujęcie przewyższa kwotę 110,00 zł. Odwołujący zadał sobie trud by przedstawić Krajowej Izbie Odwoławczej specyfikę ochrony obiektów zamawiającego (w ujęciu podjazdów grupy interwencyjnej) i dokonał rejestracji wideo z procesu dokonania podjazdu (zazaczył, że zamawiający wymaga kilku podjazdów w ciągu doby) do każdego z obiektów oraz dokonania jego kontroli. Odwołujący odsyłał do analizy materiału, który umieścił na dysku google pod wskazanymi w treści odwołania adresami. Przedstawił również graficzne zestawienie odległości pomiędzy obiektami zamawiającego. Powyższy dowód, w jego ocenie, w sposób wyraźny obrazuje jak duże zaangażowanie potrzebne jest dla realizacji tego elementu przedmiotu zamówienia oraz to, że zadeklarowana na to przez Konsorcjum Eskort kwota jest zdecydowanie za niska. Zamawiający oczekuje ponadto raportowania z wykonanych czynności co też jest czynnością, która winna być przez przystępującego kalkulowana. Zgodnie z wymaganiami postępowania (OPZ dział XVII - Podjazd Grupy Interwencyjnej) wybrany przez zamawiającego wykonawca winien w trakcie realizacji usługi przeprowadzać podjazdy na obiekty zamawiającego w następujący sposób: podjazdy nocne - nieregularne - w godzinach 22:00 do 6:00 co najmniej 2 razy do każdego obiektu; podjazdy dzienne - nieregularne - w godzinach 6:00 do 22:00 co najmniej 1 raz do każdego obiektu. Wskazać wyraźnie w tym miejscu należy na czym polegać ma usługa podjazdów grupy interwencyjnej. Celem takich podjazdów, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, ma być dokonanie przez pracowników ochrony obchodu obiektów. Obchody z kolei polegać mają na dokonaniu każdorazowo szczegółowej analizy wokół każdego budynku i sprawdzenie czy nie doszło do włamania lub uszkodzenia mienia, a w przypadku zauważenia śladów włamania lub uszkodzenia powiadomienia zamawiającego oraz policji. Pracownicy ochrony muszą każdorazowo zaznaczyć swoją obecność na danym obiekcie poprzez „odbicie się” w elektronicznym systemie obchodów (punkty obchodu). Zadaniem grupy interwencyjnej jest ponadto, w razie konieczności, zabezpieczenie dostępnymi środkami i w niezbędnym zakresie obiektu do czasu podjęcia interwencji przez powiadomione służby publiczne lub upoważnionych pracowników zamawiającego. Konsorcjum Eskort znając przecież brzmienie dokumentacji postępowania, a co za tym idzie również potrzeby

zamawiającego, powinno przedstawić dowody, które będą miały dla zamawiającego wartość przekonującą o słuszności przedstawionych mu argumentów. Przystępujący powinien zatem co najmniej udowodnić jaką liczbą patroli interwencyjnych operuje, jakie kontrakty (zanonimizowane i dostępne tylko dla zamawiającego) łączą go z właścicielami obiektów rzekomo sąsiadującymi z tymi należącymi do zamawiającego, jak zamierza świadczyć usługę w sytuacji mobilizacji grupy lub grup interwencyjnych na innych obiektach ochraniających przez przystępującego, jak zamierza świadczyć usługę w przypadku awarii bądź uszkodzenia pojazdu bądź pojazdów grupy interwencyjnej, jak często Konsorcjum Eskort zobligowane jest do podjazdów do obiektów sąsiadujących z obiektami zamawiającego oraz czy liczba i harmonogram tych podjazdów pokrywa się z obowiązkami określonymi w niniejszym postępowaniu. Możliwość dowodowe istniały ponadto jeszcze w przedłożeniu zanonimizowanych umów o pracę z pracownikami patroli interwencyjnych np. w ujęciu historycznym obrazującym dany okres. Podobnym dokumentem o zbliżonej wartości dowodowej mógłby być dokument kadrowo - płacowy potwierdzający, że przyjęta stawka wynagrodzenia zasadniczego w ujęciu miesięcznym jest stawką rynkową i realną w branży. Przystępujący nie wykazał ponadto w jaki sposób będzie realizować usługę na rzecz zamawiającego np. w sytuacji kiedy jeden z rzekomo sąsiadujących z obiektami zamawiającego obiekt przejmie w ochronę inna firma lub jeśli np. klient zrezygnuje z jego usług.

Odwołujący wskazał ponadto, iż nie może być traktowany jako dowód do wyjaśnień Konsorcjum Eskort wykaz średnich tankowań. Należy zadać pytanie o czym miałby taki dokument niby traktować w ujęciu zgłoszonej przez Konsorcjum Eskort problematyki? Dokument taki, nawet niekwestionowany co do jego autentyczności, wskazuje tylko jaka jest częstotliwość tankowania auta, bez możliwości wykazania gdzie to paliwo jest następnie zużywane. Nie może być to dowód pokazujący oszczędności przystępującego, a winien być w odczuciu odwołującego postrzegany wręcz odwrotnie jako potwierdzający, że Konsorcjum Eskort ponosi koszty działania jego patroli. Wskazywał, iż praca wykonywana na rzecz zamawiającego musi być wynagradzana z przyjętej w umowie stawki za daną część przedmiotu zamówienia. Konsorcjum winno uwzględniać tę okoliczność w odniesieniu do każdej czynności wykonanej na rzecz zamawiającego. Jako takie postrzegać należy już koszty dojazdu na obiekt (nawet z obiektu sąsiadującego), koszt pracy pracownika na obiekcie zamawiającego, wykonanie przez niego raportu, koszty utrzymania w tym czasie auta i niezbędnego dla świadczenia usługi sprzętu. Konsorcjum Eskort nie może przecież wskazywać, że koszty te ponosi ktoś inny, np. inny jego kontrahent/ klient, co byłoby oczywistym naruszeniem obowiązującego porządku prawnego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w orzecznictwie sądów powszechnych, ugruntowany jest pogląd, iż sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania,

nie poparte dowodami, nie pozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia jakichkolwiek wyjaśnień (por. m.in. wyrok KIO z 19 maja 2016 r., sygn. akt KIO 722/16; wyrok KIO z 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO 730/10; wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z 12 sierpnia 2005 r., sygn. VI Ca 464/05; wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08). Ponadto konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską ma miejsce także w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 1293/14).

Odwołujący poruszył również kwestie samego wezwania do złożenia wyjaśnień, które zgodnie z jego treścią obligowało Konsorcjum Eskort do udzielenia wyjaśnień z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego wyjaśnienia przystępującego nie tylko nie odnoszą się do powyższych kryteriów ale i nie zawierają potwierdzających je dowodów. Konsorcjum Eskort ograniczyło się w swej odpowiedzi jedynie do lakonicznych stwierdzeń o poprawności przyjętych założeń, a resztę wyjaśnień postanowiło wypełnić treściami dotyczącymi pojęcia rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się z kolei do naruszenia przez przystępującego przepisów UZNK odwołujący wskazywał, iż Lider Konsorcjum Eskort, w innych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, oferuje zamawiającym usługę tożsamą z tą poruszaną niniejszym odwołaniem, za kwoty zdecydowanie odbiegające od tych jakie podał w swojej ofercie w dziale G. Odwołujący zaznaczył, iż wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Eskort traktują o możliwościach również jego Lidera, co pozwala uznać, że usługę podjazdów patroli oceniać można w odniesieniu do innych postępowań gdzie składa on oferty samodzielnie lub w konsorcjach z innymi wykonawcami. W ujęciu powyższego działania przystępującego, polegające na podaniu w treści swojej oferty kwoty 110,00 zł. za usługę podjazdów grupy interwencyjnej (ryczałt miesięczny za 1 chroniony obiekt) jest działaniem celowym, ukierunkowanym na utrudnienie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, a to poprzez sprzedaż usługi poniżej kosztów jej świadczenia. Konsorcjum Eskort w poprzednim postępowaniu na ochronę obiektów Uniwersytetu Łódzkiego zaoferowało tożsamą usługę za zaskakująco niską kwotę jedynie 30,00 zł., co okazało się być działaniem, które pozwoliło mu osiągnąć jego cel - wybór złożonej przez niego oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez

naruszenie w tym zakresie jego interesu. Jak wskazuje się w doktrynie, czynem nieuczciwej konkurencji będzie stosowanie ceny dumpingowej, czyli kosztów nierealnych w kontekście przedmiotu umowy i zakresu zamówienia. Wykonawca nie może zaproponować ceny, która naraziłaby go na straty. Jednocześnie, takie działanie stanowi eliminację przedsiębiorców z konkretnego zamówienia. Zaoferowana przez Konsorcjum Eskort cena za realizację usługi podjazdów grupy interwencyjnej jest w ocenie odwołującego całkowicie oderwana od jakichkolwiek realiów cenowych, a jej celowe zaniżenie miało na celu polepszenie sytuacji tego wykonawcy kosztem innych. Wskazać należy, iż gdyby Konsorcjum Eskort podało realne koszty świadczenia usługi cena jego oferty nie byłaby już prawdopodobnie uznana za najkorzystniejszą.

Co więcej odwołujący pozostaje na stanowisku, że tak złożona przez przystępującego oferta godzi w interes samego zamawiającego. W związku z działaniem Konsorcjum Eskort i złożonym przez nie oświadczeniem o realizacji usługi podjazdów grupy interwencyjnej w obecnym kształcie wnioskować należy, iż usługa w tym zakresie będzie wykonywana niezgodnie z potrzebami zamawiającego lub nie będzie wykonywana w ogóle. Również ważnym w ocenie odwołującego jest to, że składanie ofert w kształcie w jakim czyni to obecnie Konsorcjum Eskort utrwala mylne przekonanie zamawiającego o dostępności takiej usługi w tak niskiej cenie.

Zamawiający, w dniu 11 października 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, przesyłając wykonawcom drogą elektroniczną kopię złożonego odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W dniu 14 października 2019 r., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Agencja Ochrony ESKORT Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi; Agencja Ochrony Osób i Mienia ARGO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k.; ESKORT Sp. z o.o.** zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, na posiedzeniu w dniu 23 października 2019 r., złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Przystępujący w dniu 22 października 2019 r., złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym prezentował swoje stanowisko w sprawie oraz wniósł o przeprowadzenie dowodów na okoliczności w nim wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez przystępującego, korespondencją prowadzoną w postępowaniu pomiędzy zamawiającym a przystępującym w przedmiocie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, po zapoznaniu się z odwołaniem i stanowiskiem procesowym zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie i przystępującego zawartym w złożonym piśmie procesowym, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu i ubiega się o zamówienie. Zamawiający, powołując się na przepisy ustawy Pzp, odmówił odwołującemu dostępu do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Eskort, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a w rezultacie pozbawił odwołującego prawa weryfikacji informacji zawartych w złożonych dokumentach.

Gdyby potwierdziły się zarzuty odwołującego zawarte w odwołaniu to oferta Konsorcjum Eskort zostałaby odrzucona, a oferta złożona przez odwołującego byłaby najkorzystniejsza w postępowaniu, jako oferta z ceną rynkową, gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej na płycie CD, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej przez przystępującego, treści wyjaśnień złożonych przez przystępującego na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, złożone wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane w sprawie i złożone na rozprawie przez odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, przez nieprawidłową ocenę zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych przez przystępującego wyjaśnień, złożonych w piśmie z 25 września 2019 r., stanowiących odpowiedź na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Na wstępie zauważenia wymaga, że przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Obowiązek „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, to w ocenie Izby, obowiązek leżący po stronie wykonawcy, który należy rozumieć w ten sposób, że podmiot zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wcześniejszego wezwania zamawiającego, udowodnić zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony. W takiej sytuacji prawem, a wręcz obowiązkiem po stronie zamawiającego, jest ujawnienie nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy, na co wielokrotnie zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach, to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek warunkujących skuteczność takiego zastrzeżenia.

Zdaniem składu orzekającego pod pojęciem "wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 2 UZNK. Nie ulega wątpliwości, że nie wszystkie okoliczności można poprzeć stosownymi dowodami. W takich

wypadkach zasadniczo wystarczające jest złożenie przez danego wykonawcę oświadczenia, z tym jednak zastrzeżeniem, że zamawiający zawsze ma prawo zweryfikować czy oświadczenie takie jest zgodne z rzeczywistością i czy na przykład informacje zastrzeżone przez dany podmiot nie były już wcześniej ujawnione do publicznej wiadomości. W odniesieniu jednak do informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Eskort z łatwością można było takie dowody przedstawić (np. w postaci umów o poufności zawartych z innymi podmiotami dla których wykonawca ten świadczy usługi).

Z kolei, po zmianie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 1010), definicja tajemnicy przedsiębiorstwa znalazła się w art. 11 ust. 2 UZNK. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Ustawodawca w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewidział zatem, że wykonawca, chcący skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, ma obowiązek wykazania spełniania przez objęte ochroną dane przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust. 2 UZNK a ponadto, że wykazanie to winno nastąpić nie później niż w dniu, w którym złożone zostały w postępowaniu oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku gdy zastrzeżeniu podlegają inne dokumenty, zastrzeżenie takie (wraz z wykazaniem) winno być uczynione nie później niż w dniu, w którym składane są podlegające zastrzeżeniu dokumenty.

Jak ustalił skład orzekający w niniejszej sprawie, Konsorcjum Eskort dokonało zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W złożonym piśmie, datowanym na 25 września 2019 r., przystępujący przedstawił zamawiającemu szczegółową kalkulację wraz z czynnikami cenotwórczymi, mającymi wpływ na wysokość zaproponowanej w przedmiotowym postępowaniu ceny. Jak wynika z uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zastrzeżenie to dotyczy wyjaśnienia odnoszącego się do sposobu, w jaki skalkulowała została cena za wykonanie zamówienia w pozycji G arkusza cenowego tj. w zakresie podjazdów grupy interwencyjnej na terenie miasta Łodzi. Przystępujący argumentował, że informacje o dostawcach i usługodawcach, a przede wszystkim stosowane przez Konsorcjum Eskort stawki za świadczone usługi, upusty cenowe i rabaty mają dla niego wartość handlową. Dzięki ich nieujawnianiu wykonawca zyskuje przewagę konkurencyjną. Podnosił także, że wartość handlową posiadają również informacje o innych lokalizacjach, w których usługi są świadczone, co związane jest

z możliwością ustalenia podmiotów ma rzecz których usługi są wykonywane. Wskazywał na fakt, że informacje zawarte w piśmie przedstawiają dla niego nieocenioną wręcz wartość gospodarczą, albowiem na ich podstawie możliwe jest pozyskanie przez konkurencję informacji o stosowanych przez wykonawcę cenach transakcyjnych za realizację zadań o charakterze podobnym, co przedmiot zamówienia o udzielenie którego ubiega się wykonawca.

Odwołujący, podnosząc zarzuty naruszenia cytowanych przepisów wskazywał, że w jego ocenie zamawiający zaniechał zbadania skuteczności dokonanego przez Konsorcjum Eskort zastrzeżenia. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający przychyłając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości jego stanowiska odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Na marginesie zauważyć należy, że sam wykonawca przedstawiając argumentację w zakresie zasadności zastrzeżenia użył sformułowania, iż „wnosi o zastrzeżenie i nieujawnianie całości treści niniejszego pisma”. Weryfikacja zamawiającego nie może odbyć się zatem wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy.

Izba poddała analizie treść zastrzeżeń złożonych w postępowaniu, datowanych na 25 września 2019 r. i doszła do przekonania, że zamawiający dokonał błędnej weryfikacji i oceny wyjaśnień przedłożonych przez Konsorcjum Eskort, w przedmiocie zastrzeżenia informacji jako tajemnica jego przedsiębiorstwa. Dokonując analizy powyższych wyjaśnień Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wypełnione zostały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 2 UZNK, albowiem Konsorcjum Eskort nie wykazało, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają dla niego wartość gospodarczą, co jest wystarczające dla stwierdzenia, że zarzuty odwołania należy uznać za zasadne. Przypomnieć należy, że wartość gospodarczą mają informacje, których rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy w określonym segmencie rynku. Za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać również wszelkie informacje o wykonawcy, które w toku konkurencji mogą zachwiać pozycją wykonawcy na określonym rynku. Przy czym sama okoliczność, że podmioty konkurujące ze sobą na rynku zbierają i analizują informacje na temat realizowanych kontraktów czy ich cen, nie świadczy jeszcze o możliwości zachwiania pozycji rynkowej wykonawcy.

I tak, w zakresie danych na temat zawartych umów z innymi podmiotami, uzasadniając zastrzeżenie tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, przystępujący powołał się na fakt, że wartość dla niego mają informacje o innych lokalizacjach, w których usługi są świadczone. Nie wskazał jednak ani w jaki sposób fakt ujawnienia tych informacji mógłby wpłynąć na działalność przystępującego i jakie to ujemne skutki wynikają z faktu, że inni

wykonawcy pozyskają wiedzę na ten temat. Nie zaprezentował też jakie działania zostały podjęte w celu zachowania w poufności danych na temat zawartych kontraktów.

Nie przekonał również Izby argument w zakresie, w jakim przystępujący podnosił, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji odnośnie stawek, za jakie świadczy on usługi. Samo uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawiera jedynie teoretyczne wywody na temat tego, że chroni on między innymi dostęp do informacji o cenach transakcyjnych za realizację zadań o charakterze podobnym. Same twierdzenia w tym przedmiocie należy jednak uznać za ogólne i nie poparte żadnymi dowodami, co przy braku konkretnych odnoszących się do tego elementu, np. w postaci przedstawienia umów z podmiotami trzecimi, z treści których wynikałoby, że stosowane są w nich klauzule o poufności - uznać należy za mało konkretne i lakoniczne. Tym samym nie sposób uznać, że wypełniono przesłankę wynikającą z przepisów, upoważniającą do uznania tych informacji za podlegające ochronie. Co więcej przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń zawartych w przedmiotowym piśmie.

Konsorcjum Eskort podnosiło w treści zastrzeżenia, że również informacje o dostawcach i usługodawcach, a przede wszystkim stosowane dla niego stawki za świadczone usługi, upusty cenowe i rabaty mają wartość handlową. Tymczasem na posiedzeniu złożył pismo procesowe, w którym przedstawił szczegółową kalkulację, z której wynikają czy to koszty ponoszone na ubezpieczenie pojazdów czy też koszty paliwa i wynikające dla niego korzystne warunki ze współpracy z podmiotami trzecimi. Z jednej strony więc przystępujący, na etapie prowadzonego postępowania, zastrzega informacje dotyczące wyliczenia elementów składających się na sporną pozycję, natomiast na etapie postępowania odwoławczego przedkłada szczegółowe wyliczenia. Załącza również do pisma procesowego szereg dowodów, mających świadczyć o prawdziwości i realności przyjętych założeń.

Skład orzekający zwraca też uwagę, że aby taki określony zbiór informacji uzasadniał objęcie go ochroną, wykonawca musi podjąć stosowne działania w celu zachowania go w tajemnicy. Przystępujący w treści uzasadnienia zastrzeżenia tych informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie wskazywał na takie okoliczności, dowodząc że do zachowania objętych przez niego tajemnicą danych zobowiązani zostali pracownicy i kontrahenci wykonawcy. Również na tą okoliczność wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, twierdzeń tych nawet nie uprawdopodobnił.

Reasumując, Izba oceniła, że zamawiający błędnie uznał skuteczność zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie osób złożonym przez przystępującego jako tajemnicę przedsiębiorstwa, uznając za zasadny zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK. Naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zaniechanie udostępniania odwołującemu wyjaśnień pozbawiło go możliwości ich weryfikacji pod kątem zaferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny w szczególności co do

przyjętego przez Konsorcjum Eskort sposobu realizacji zamówienia, które to rozwiązania optymalizacyjne były, w ocenie przystępującego, ściśle powiązane z przyjętymi kosztami składającymi się na wykonanie zamówienia w tej pozycji. Tym samym odwołujący nie miał szansy na dokonanie obiektywnej oceny istnienia przesłanki odrzucenia oferty odwołującego, w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co może mieć wpływ na wynik postępowania. Potwierdzeniem tego jest argumentacja odwołującego znajdująca się w treści złożonego odwołania. Wskazuje on, że przystępujący przyjmuje cenę 110,00 zł. za kilkadziesiąt podjazdów, wraz z kontrolą danego obiektu, co jest niemożliwe w ujęciu aktualnej sytuacji rynkowej. Wskazywał, że jedynie domyśla się (z treści nazw załączników do wyjaśnień Konsorcjum Eskort), iż ten wykazywał, że będzie wykonywał podjazdy do siedziby zamawiającego niejako „przy okazji” podjazdów realizowanych do sąsiadujących z obiektami zamawiającego budynków. Nie miał jednak możliwości zapoznania się ze szczegółowymi założeniami przyjętego przez przystępującego rozwiązania. W toku rozprawy przedłożył wydruk z GPS, obrazujący trasę jaką musi pokonać patrol, przyjmując swoje założenia, które były jednak rozbieżne z tymi, które opisał przystępujący w piśmie. Odwołujący zatem nie miał możliwości przedłożenia dowodów na poparcie swojego stanowiska.

Skład orzekający stoi na stanowisku, że potwierdzenie się zarzutów odwołania dotyczących zastrzeganych przez wykonawcę Konsorcjum Eskort, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, musi skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przyjęcie odmiennego stanowiska powodowałoby niecelowość stawiania tego rodzaju zarzutów, gdyż nawet ich potwierdzenie, w toku postępowania odwoławczego, nie będzie otwierało wykonawcy drogi do wniesienia odwołania w którym, po zapoznaniu się z ofertą konkurenta, mógłby zakwestionować prawidłowość badania i oceny jego oferty, w szczególności zaniechanie jej odrzucenia z powodu zaferowania ceny rażąco niskiej.

Odnosząc się do podniesionych przez odwołującego zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp oraz UZNK, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Eskort pomimo, że zaproponowana przez niego cena za usługę podjazdów grupy interwencyjnej jest ceną rażąco niską, co wypełnia przesłanki utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia i świadczenia, w celu eliminacji innych przedsiębiorców, w ocenie Izby to czy Konsorcjum Eskort zaferowało cenę rażąco niską może być ocenione, co wynika z brzmienia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp: "dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami", w oparciu o wyjaśnienia złożone przez przystępującego, na wezwanie zamawiającego, w piśmie z 25 września 2019 r., tj. w oparciu o pełną treść tych wyjaśnień (w tym kalkulacji kosztów), jak i załączonych dowodów.

Rozstrzygnięcie, na obecnym etapie postępowania, powyższych zarzutów byłoby zwyczajnie przedwczesne. Co wymaga podkreślenia, Izba nie podzieliła wywodów przystępującego i zamawiającego, dotyczących braku możliwości kwestionowania wysokości wynagrodzenia przyjętej w spornej pozycji z tego powodu, że cena jednostkowa nie może, ich zdaniem świadczyć o rażąco niskiej cenie oferty. Przede wszystkim sam zamawiający, wzywając do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny (pismo z 24 września 2019 r.) wskazał, że zaoferowana przez wykonawcę cena ryczałtowa w zakresie podjazdów grupy interwencyjnej na terenie Łodzi w wysokości 61 426,20 zł. brutto, jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen w zakresie podjazdów grup interwencyjnych wszystkich złożonych ofert. Argumentował również, że cena ta nosi znamiona rażąco niskiej i budzi wątpliwości zamawiającego. Tym samym ciężar dowodu, że cena tego składnika oferty, nie jest rażąco niska, spoczywał na wykonawcy - Konsorcjum Eskort. Obowiązkiem zamawiającego było zatem dokonać oceny tych wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba zwraca uwagę, że bezpodstawne uznanie zasadności objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa i ich nieudostępnienie innym wykonawcom, uniemożliwia im skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Realizacja tego uprawnienia może z kolei spowodować zmianę wyniku postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący: