

**Sygn. akt: KIO 899/21**

**WYROK**  
**z dnia 12 maja 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2021 r. przez odwołującego: Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach Dolnych

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Sąd Apelacyjny w Krakowie w imieniu którego działa Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej

przy udziale wykonawcy Lyreco Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Sokołowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.
2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.
3. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Lyreco Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Sokołowie na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje uznanie informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Lyreco Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Sokołowie w ramach wyjaśnień ceny oferty jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa za informacje bezskutecznie zastrzeżone.

4. Kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 1/2 i zamawiającego w części 1/2, i:
- 4.1. 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 839 zł 56 gr (słownie: osiemset trzydzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt sześć groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.
- 4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 8 880 zł 22 gr (słownie: osiem tysięcy osiemset osiemdziesiąt złotych dwadzieścia dwa grosze).

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, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Sąd Apelacyjny w Krakowie w imieniu którego działa Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 243-601158. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy Pzp.

I. W dniu 22 marca 2021 r. wykonawca: Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach Dolnych wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Lyreco Polska S.A., zaniechania odrzucenia oferty Lyreco Polska S.A. oraz zaniechania ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych przez tego wykonawcę wyjaśnień ceny oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Lyreco Polska S.A. z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo że wykonawca został (dwukrotnie) wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień ceny w postępowaniu i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena jaką zaoferował nie jest rażąco niska,
2. art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez powtórzenie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Lyreco Polska S.A.,
3. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia przez zamawiającego załączników do obydwu wyjaśnień ceny Lyreco Polska S.A. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie udowodnił koniecznych przesłanek przemawiających za prawidłowym utajnieniem tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

a także art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Lyreco Polska S.A., zawartych w utajnionych dokumentach, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419), poprzez uznanie, że informacje powyższe, objęte są skutecznie tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Lyreco Polska S.A., pomimo, że treść złożonej w postępowaniu oferty potwierdza niezgodność z treścią SIWZ,
5. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Lyreco Polska S.A., pomimo że oferta tego wykonawcy nie jest zabezpieczona wadium w przedłużonym terminie związania ofertą,

co skutkuje naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu przy odrzuceniu oferty Lyreco Polska S.A. oraz ujawnienie nieskutecznie zastrzeżonych informacji zawartych „przy wyjaśnieniach wyjaśnień” ceny Lyreco Polska S.A.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 7 maja 2021 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 6 maja 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Lyreco Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Sokołowie (dalej jako „przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2021 r., do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy

dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Zarzuty naruszenia przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Lyreco Polska S.A. z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo że wykonawca został (dwukrotnie) wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień ceny w postępowaniu i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena jaką zaoferował nie jest rażąco niska.
- art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez powtórzenie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Lyreco Polska S.A.,

Izba uznała za uzasadnione.

Z ugruntowanego orzecznictwa Izby dotyczącego przepisów ustawy Pzp regulujących przesłankę odrzucenia oferty wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz postępowanie wyjaśniające poprzedzające podjęcie przez zamawiającego decyzji w tym zakresie (art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp) wynika, że w przypadku wystosowania przez zamawiającego do wykonawcy wezwania o złożenie wyjaśnień w przedmiocie ceny lub kosztu oferty na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia zamawiającemu kompletnych i konkretnych wyjaśnień, wraz z dowodami, odpowiadających treści wezwania zamawiającego. Nieprzedstawienie kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień skutkuje ziszczeniem się przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jak bowiem wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zaistnienie przesłanki do odrzucenia oferty ma miejsce nie tylko wtedy, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz także wtedy, gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień, przez co należy rozumieć również brak złożenia kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że już pierwsze wyjaśnienia ceny złożone przez przystępującego (pismo z dnia 27 stycznia 2021 r. stanowiące odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 22 stycznia 2021 r.) nie były kompletnie i wystarczające konkretne. Wymaga podkreślenia, że fakt wystosowania wezwania, w treści którego zamawiający nie przedstawia konkretnych pytań lub kwestii wymagających wyjaśnienia, a ogranicza się do treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie oznacza, że w takim przypadku

wystarczające jest złożenie ogólnikowych i lakonicznych wyjaśnień. W wezwaniu z dnia 22 stycznia 2021 r. zamawiający wskazał, że chodzi o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz ze złożeniem dowodów. Przystępujący miał zatem obowiązek przedstawienia wyjaśnień zawierających konkretne dane odnośnie poszczególnych – co najmniej podstawowych - elementów cenotwórczych, które winny zostać poparte dowodami załączonymi do wyjaśnień. Możliwość wystosowania do wykonawcy uzupełniającego wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy na gruncie konkretnych wyjaśnień wykonawcy powstała potrzeba doprecyzowania pewnych szczegółowych wyjaśnień. Złożenie przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień w odpowiedzi na pierwsze wezwanie skutkuje brakiem możliwości wystosowania do wykonawcy wezwania o wyjaśnienia uzupełniające. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie. Pierwsze wyjaśnienia ceny nie zawierały w zasadzie żadnych konkretnych danych, w tym w odniesieniu do co najmniej podstawowych elementów składowych ceny. Sam przystępujący na wstępie pisma z dnia 27 stycznia 2021 r. wskazał, że zamawiający zażądał bardzo szczegółowych informacji, jednakże takich informacji próżno szukać w treści samych wyjaśnień. Informacje podane w wyjaśnieniach jak i załączone do nich dowody mają ogólny charakter i nie pozwalają na dokonanie oceny zaoferowanej ceny. Jedyne dane liczbowe podane na str. 6 wyjaśnień to dane zbiorcze, bez rozbicia na składowe ceny. Ponadto wskazano, że wyliczono je na podstawie podanych wcześniej informacji, co budzi duże zdziwienie, skoro wcześniej żadne konkretne dane nie zostały podane.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że nie zaistniały przesłanki do wystosowania do przystępującego wezwania do złożenia uzupełniających wyjaśnień ceny oferty. Niezależnie od tego należy stwierdzić, że w odpowiedzi na drugie wezwanie zamawiającego (pismo z dnia 4 marca 2021 r.) przystępujący nie udzielił kompletnych i wystarczających konkretnych wyjaśnień (pismo z dnia 8 marca 2021 r.). W treści wyjaśnień zamawiający wskazał konkretne kwestie, które w szczególności powinny zawierać wyjaśnienia przystępującego, tj.

- 1) przewidywane koszty realizacji dostaw ze wskazaniem: poziomu kosztów pracowniczych, poziomu kosztów obsługi centrów dystrybucji oraz magazynów,
- 2) wartość przewidywana zakupu towarów w podziale na poszczególne rodzaje asortymentu ze wskazaniem: poziomu przewidywanych cen hurtowych oraz rabatów i upustów wynikających z przywoływanego w wyjaśnieniach faktu wieloletniej współpracy z dostawcami.

Natomiast wyjaśnienia przystępującego z dnia 8 marca 2021 r. nie zawierają żadnych konkretnych informacji na temat:

- 1) poziomu kosztów pracowniczych, poziomu kosztów obsługi centrów dystrybucji oraz magazynów (podano jedynie zbiorcze dane kosztów realizacji dostaw i zamówienia)
- 2) wartości przewidywanej zakupu towarów w podziale na poszczególne rodzaje asortymentu ze wskazaniem: poziomu przewidywanych cen hurtowych oraz rabatów i upustów wynikających z przywoływanego w wyjaśnieniach faktu wieloletniej współpracy z dostawcami - Podano jedynie ceny w podziale na dostawców, a nie rodzaj asortymentu, a przedstawione uzasadnienie braku zadośćuczynienia w tym zakresie wezwaniu zamawiającego jest niezrozumiałe i tym samym nieprzekonujące. Wypełnienie formularza cenowego zawierającego 362 pozycje asortymentu nie stanowiło dla przystępującego żadnego problemu.

Z powyższego wynika zatem, że przystępujący w przeważającym stopniu ogóle nie odpowiedział na wezwanie zamawiającego, co bezdyskusyjnie uniemożliwia uznanie złożonych przez niego wyjaśnień ceny za wystarczające na gruncie przepisów art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto, wbrew treści wezwania zamawiającego z dnia 4 marca 2021 r., przystępujący do złożonych wyjaśnień nie załączył żadnych dowodów. Jak natomiast sam stwierdził w treści pisma wyjaśniającego dla potrzeb wyceny zamówienia otrzymał od dostawców ofertę specjalną.

Mając na uwadze powyższe, podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczące niewystarczających wyjaśnień ceny przystępującego, obszernie uzasadnione przez odwołującego w treści uzasadnienia odwołania pomimo braku znajomości zastrzeżonej części wyjaśnień, całkowicie się potwierdziły.

#### Zarzuty naruszenia przepisów:

art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia przez zamawiającego załączników do obydwu wyjaśnień ceny Lyreco Polska S.A. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie udowodnił koniecznych przesłanek przemawiających za prawidłowym utajnieniem tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

a także art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Lyreco Polska S.A., zawartych w utajnionych dokumentach, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419), poprzez uznanie, że informacje powyższe, objęte są skutecznie tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę;

Izba uznała za uzasadnione.

Jak doprecyzowano w treści uzasadnienia odwołania ww. zarzuty odnosiły się do zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych na str. 6 pierwszych wyjaśnień ceny oraz na str. 5-8 drugich wyjaśnień ceny.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu. Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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.

Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, może mieć miejsce tylko w przypadkach określonych w ustawie (tak np. Izba w wyroku z dnia 20 stycznia 2020 r. KIO 2469/19, z dnia 13 marca 2017 r. KIO 385/17). 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.". Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 uznk (tak np. Izba w wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r. KIO 2537/19).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonywującego i terminowego wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreśla się, że „wykazać” oznacza coś więcej niż tylko „wyjaśnić”. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Izby z dnia 17 grudnia 2019 r. KIO 2440/19 „Użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i - jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”.

Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 16 stycznia 2020 r. KIO 2691/19: „Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inną posiadającą wartość gospodarczą. Zatem przesłanka „lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innych”, ale także

informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Zatem wobec brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych wykonawca zastrzegający pewne informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest do wykazania w uzasadnieniu zastrzeżenia również przesłanki „posiadania wartości gospodarczej (...)”.

Kierując się powyższym Izba uznała, że przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje w ramach wyjaśnień ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedstawione przez przystępującego uzasadnienia nie zawierają w zasadzie żadnych konkretnych informacji. Treść uzasadnień to ogólne twierdzenia, które nie zostały poparte żadnymi dowodami. Czytając treść tych uzasadnień odnosi się wrażenie jakby odnosiły się do zupełnie innych wyjaśnień ceny niż te złożone przez przystępującego w postępowaniu. W uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący podnosi, że wyjaśnienia ceny zawierają bardzo szczegółowe informacje, czego jednak lektura samych wyjaśnień ceny nie potwierdza. Przystępujący wskazuje, że wyjaśnienia ceny „pokazują skonkretyzowane wartości zakupów dokonywanych na rzecz niniejszego postępowania, co umożliwi pozyskanie wiedzy na temat cen jednostkowych produktów oferowanych w postępowaniu” oraz że „ujawnienie cen produktów funkcjonujących pomiędzy dostawcami, a Lyreco Polska S.A. może spowodować komplikacje handlowe również pomiędzy sami dostawcami, a podmiotami trzecimi”. Jednakże właśnie informacji o cenach jednostkowych wyjaśnienia przystępującego nie zawierają. W odniesieniu do kontrahentów przystępującego ta sam przystępujący w treści uzasadnień tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że „Ci sami dostawcy współpracują jednocześnie z innymi wykonawcami dostarczającymi materiały biurowe”. Informacje o tych podmiotach nie stanowią zatem dla innych wykonawców tajemnicy. Twierdzenia o tym, że pracownicy, współpracownicy oraz kadra zarządzająca przystępującego zobowiązana jest do zachowania w tajemnicy danych cenowych nie zostały niczym potwierdzone. Również w odniesieniu do kosztów przygotowania oferty jak i kosztów związanych z logistyką przystępujący nie wykazał na czym konkretnie polega ich szczególny charakter i wartość gospodarcza zastrzeganych w tym zakresie informacji.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że przedstawione przez przystępującego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są daleko niewystarczająco, aby uznać zaistnienie dopuszczalnego wyjątku od jednej z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady jawności.

#### Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała za nieuzasadniony.

W odniesieniu do poszczególnych pozycji opisu przedmiotu zamówienia – formularza cenowego:

### Poz. 67

Odwołujący postawił zarzut niezgodności złożonych próbek kleju PBS Connect Polska Sp. z o.o. o symbolu 18401011-14 (data przydatności do 2020.08) z postanowieniem zawartym w pkt II ppkt 2.7 SIWZ - „Zamawiający wymaga, aby termin przydatności do użytku zaoferowanych produktów wynosił nie mniej niż 12 miesięcy”.

Izba uznała zarzut za nieuzasadniony. Wymaganie zawarte w pkt II ppkt 2.7 SIWZ nie odnosi się wprost do oceny próbek, a jednocześnie odwołujący nie wykazał znaczenia zachowania ww. wymogu dla oceny próbki pod względem wskazanych przez zamawiającego parametrów.

### Poz. 81

Odwołujący zarzucił, że w złożonych wraz z ofertą próbkach przystępujący dostarczył inną niż oferowana („Koszulka groszkowa LYRECO Budget, A4 U, 50 mikronów, opakowanie 100 sztuk. SYMBOL: KOD KATALOGOWY LYRECO: 119374”) koszulkę o symbolu XA49211507.

Izba uznała zarzut za niezasadny. Na rozprawie zamawiający okazał opakowanie koszulek groszkowych, które zostało złożone w postępowaniu jako próbka. Na wierzchniej stronie opakowania przyklejona była biała nalepka z następującym oznaczeniem „poz. 81 Koszulka groszkowa – opakowanie (100 szt.) Lyreco Polska S.A.”. Natomiast na spodzie opakowania przyklejona była naklejka z kodem kreskowym z oznaczeniem XA 49211507. Odwołujący nie udowodnił postawionego zarzutu, że złożona przez przystępującego próbka nie odpowiada zaoferowanej koszulce groszkowej. Próbka była oznaczona zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający nie postawił wymogu oznaczenia próbki kodem katalogowym czy złożenia próbki w takim opakowaniu, jak przedstawione na stronie internetowej. Jak natomiast wynika z oświadczenia złożonego w imieniu Hamelin Polska Sp. z o.o. - podmiotu produkującego koszulki Lyreco Budget na zlecenie przystępującego – oznaczenie XA 49211507 jest kodem danej partii produkcyjnej koszulki Lyreco Budget.

### Poz. 171

Odwołujący zarzucił, że zaoferowane przez przystępującego pudła o symbolu 1-B014(...) posiadają rozmiar 350x260x150 mm co jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego zawartym w SIWZ (wymiary: 200 x 370 x 260mm).

Izba uznała zarzut za niezasadny. Z przedstawionych przez odwołującego dowodów na potwierdzenie ww. zarzutu tylko jeden wydruk z katalogu ze strony internetowej dotyczył pudła o symbolu wskazanym przez przystępującego, tj. 1-B014/N. W nazwie tego pudła podano wymiary zgodne z wymaganiami zamawiającego. Istotnie, w dodatkowym opisie podane zostały odmienne wymiary, jednakże jak słusznie zauważył zamawiający i przystępujący może to jedynie świadczyć o niewiarygodności tego dowodu, skoro po pierwsze, odmienne wymiary podano w opisie produktu w górnej części strony, a po drugie, w dodatkowym opisie, poza odmiennymi wymiarami, podano również wagę 0.000 kg. Ponadto wymiary pudła wymagane przez zamawiającego potwierdza złożona przez przystępującego karta produktu i treść oświadczenia z dnia 25 lutego 2021 r. złożonego w imieniu Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „Kiel-Tech” Sp. z o. o.

#### Poz. 202

Odwołujący zarzucił, że przystępujący zaofertował skoroszyt Kiel-Tech 4-01561 jako wymagany przez zamawiającego „Skoroszyt kartonowy A4 z fałdą pełny (...)”. Odwołujący stwierdził, że zaofertowany przez przystępującego skoroszyt posiada rozmiar 70x100, podczas gdy wymiary skoroszytu dla formatu A4 to 210 x 297 mm.

Izba uznała zarzut za niezasadny. Oświadczeniem z dnia 25 lutego 2021 r. złożonym w imieniu Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „Kiel-Tech” Sp. z o.o. potwierdzano występowanie w ofercie (od przeszło 20 lat) ww. skoroszytu Kiel-Tech 4-01561 w formacie A4.

#### Poz. 246

Odwołujący powołał się na treść wyjaśnień zamawiającego z dnia 30.12.2020 r. dotyczących pozycji: „Teczka do podpisu A4, 20 przekładek wewnętrznych, oprawa twarda”:

*Pytanie nr 9:*

*Wnoszę o zmianę opisu teczki zawierają 20 przegródek a nie przekładek. 20 miejsc na włożenie dokumentów daje nam 19 przekładek i takie występują teczki.*

*Odpowiedź:*

*Zamawiający przez przekładki rozumie przegródki - miejsca na włożenie dokumentów.*

Odwołujący zarzucił, że zaofertowana przez przystępującego teczka do podpisu Warta 1824-920-032 (czarne) posiada 20 przekładek, które tworzą 21 przegródek.

Izba uznała zarzut za niezasadny. W ocenie składu orzekającego Izby przez „miejsce na włożenie dokumentów” należy rozumieć nie jakiegokolwiek miejsce w teczce na włożenie dokumentu, lecz miejsce na dokument zgodnie z zasadami użytkowania produktu (teczki). Przekonujące są wyjaśnienia przystępującego, że dokumenty układa się na kartach, a nie okładce.

#### Poz. 285

Odwołujący wskazał, że zamawiający wymagał zaoferowania następującego elementu przedmiotu zamówienia: „Zszywacz zszywający jednocześnie do 30 kartek, (...), w podstawie elementy zapobiegające rysowaniu powierzchni biurka”.

Odwołujący zarzucił, że przystępujący zaoferował zszywacz Leviatan 3016 (110685), który wyposażony jest w jednolitą podstawę i nie posiada w podstawie elementów zapobiegających rysowaniu powierzchni biurka.

Izba uznała zarzut za niezasadny. Zamawiający nie sprecyzował wymogu w zakresie elementów zapobiegających rysowaniu powierzchni biurka, co uzasadnia dokonywanie oceny spełniania tego wymogu przez pryzmat celu (funkcji), który ma ten wymóg zapewniać (zapobieganie rysowaniu powierzchni biurka). W szczególności nie zostało wskazane w SIWZ, że zszywacz ma być wyposażony w konkretne rozwiązanie w postaci plastikowych wypustek. Jak wynika ze złożonej przez przystępującego karty produktu zaoferowanego zszywacza jest on wyposażony w metalową nakładkę z tworzywa zapobiegającą rysowaniu powierzchni biurka. Natomiast odwołujący nie wykazał, aby ww. nakładka nie spełniała określonego przez zamawiającego celu (zapobieganie rysowaniu powierzchni biurka).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim i trzecim sentencji, na podstawie przepisów art. 553, art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp z 2019 r.

Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia o wycofaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp z 2019 r. stosowanego odpowiednio w przypadku częściowego wycofania zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 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). Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 8 880,22 zł (18 600,00 zł [koszty dotychczas poniesione przez odwołującego] – 9 719,78 zł [koszty postępowania, za które odwołujący odpowiadał stosownie do jego wyniku]). Izba obciążyła kosztami postępowania odwołującego w części 1/2 i zamawiającego w części 1/2 mając na uwadze, że na zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w istocie składało się wiele zarzutów odnoszących się do poszczególnych pozycji przedmiotu zamówienia.

**Przewodniczący:** .....