



Warszawa, dnia 2023 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KU/17/23/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Centrum Obsługi Administracji Rządowej ul. Powsińska 69/71 02-903 Warszawa <i>działający w imieniu i na rzecz:</i> Ministerstwo Zdrowia ul. Miodowa 15 00 – 952 Warszawa
Rodzaj zamówienia:	dostawy
Przedmiot zamówienia:	dostawa sprzętu komputerowego i urządzeń biurowych dla placówek POZ
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Data wszczęcia postępowania:	13.12.2022 r.
Numer ogłoszenia:	2022/S 243 - 698517
Wartość zamówienia:	199 302 875,71 zł (tj. 44 750 960,05 euro) – łączna wartość projektu; 69 649 060,00 zł (tj. 15 357 722,95 euro) – łączna wartość zamówienia stanowiącego przedmiot kontroli uprzedniej, z podziałem na części:

- 1) 12 746 222,50 zł (tj. 2 862 004,33 euro),
- 2) 12 746 222,50 zł (tj. 2 862 004,33 euro),
- 3) 12 746 222,50 zł (tj. 2 862 004,33 euro),
- 4) 12 746 222,50 zł (tj. 2 862 004,33 euro),
- 5) 17 412 265,00 zł (tj. 3 909 705,63 euro).

Środki UE:

Projekt „Wdrożenie e-usług w placówkach POZ i ich integracja z systemem e-zdrowia z wykorzystaniem narzędzia centralnego” („e-Gabinet+”) w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014 - 2020

Rodzaj procedury:

zamówienie klasyczne

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdza naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisów niezgodnych z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, bez następczego ich sprostowania lub zmiany,
- 2) art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z przepisami Obwieszenia Prezesa Urzędu z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (Monitor Polski z dnia 15 grudnia 2021 r., poz. 1117), poprzez wadliwie oszacowanie wartości zamówienia w związku z zastosowaniem niewłaściwego kursu złotego w stosunku do euro,
- 3) art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie przedłożonego przez wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w zakresie części nr 5, uzasadnienia objęcia dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa wskazanego w piśmie z dnia 05.02.2023 r. (z wyłączeniem załączników do uzasadnienia) jako pisma skutecznie objętego tajemnicą przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, że zastrzeżone w uzasadnieniu informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym,

niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy o powyższym.

Uzasadnienie.

1. Jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, Zamawiający w sekcji III.1.1) pkt I.1.2 d) ogłoszenia o zamówieniu wskazał, iż wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w zakresie części 5 - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał lub nadal wykonuje, co najmniej dwa zamówienia (rozumiane jako dwie odrębne umowy) polegające na dostawie urządzeń wielofunkcyjnych - każda o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł netto. W przypadku dostaw, które są w trakcie realizacji, Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że do chwili składania ofert wartość realizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5 000 000,00 zł netto.

Zamawiający w piśmie z dnia 05.01.2023 r. zawierającym wyjaśnienie treści SWZ w odpowiedzi na pytanie nr 5 wskazał *„Jednocześnie Zamawiający dokonuje modyfikacji postanowienia SWZ - Rozdział VIII, WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU OCENY ICH SPEŁNIENIA pkt 1., ppkt 2., lit. d) zdolność techniczna lub zawodowa w zakresie części 5, nadając następujące brzmienie: „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał lub nadal wykonuje, co najmniej dwa zamówienia (rozumiane jako dwie odrębne umowy) polegające na dostawie urządzeń biurowych, tj. urządzeń wielofunkcyjnych, drukarek, skanerów - każda o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł netto lub jedno zamówienie (umowę) o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł netto. W przypadku dostaw, które są w trakcie realizacji, Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że do chwili składania ofert wartość realizowanego zamówienia osiągnęła wskazaną wyżej wartość”.*

W związku z powyższym w toku prowadzonej kontroli uprzedniej, pismem z dnia 04.04.2023 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, czy Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu. W przypadku odpowiedzi twierdzącej poproszono o uzupełnienie zmiany ogłoszenia oraz pozostałych ewentualnych zmian ogłoszenia wraz z potwierdzeniem przekazania sprostowań Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Zamawiający przy piśmie z dnia 07.04.2023 r. (przekazanym w dniu 11.04.2023 r.) uzupełnił dokumentację oraz udzielił następujących wyjaśnień, tj.

„3/ Centrum wyjaśnia, iż zmiana wynikająca z odpowiedzi na pytanie nr 5 w piśmie z dnia 05.01.2023 r. nie zawierała znaczącej modyfikacji warunków zamówienia, a jedynie doszczegółowienie dotychczasowych postanowień, które w zmodyfikowanym brzmieniu zachowało pierwotny wymóg

wykazania się przez Wykonawców dwiema umowami (zamówieniami) - każda o wartości 5 000 000,00 zł netto.

Przedmiotowe pismo zostało opublikowane na Platformie zakupowej, jak również zostało przekazane do wszystkich Wykonawców zarejestrowanych na Platformie w niniejszym postępowaniu.

Centrum wyjaśnia, iż w związku z brakiem istotności niniejszej modyfikacji nie została dokonana zmiana ogłoszenia. Niemniej jednak, nawet gdyby uznać, iż ogłoszenie o zmianie powinno zostać wysłane podkreślić należy, iż jest to wyłącznie uchybienie formalne, które nie miało wpływu na wynik postępowania.

Wykonawcy mieli pełną wiedzę w zakresie warunków udziału w postępowaniu z uwagi na publikację przez Centrum odpowiedzi na pytania w każdym wymaganym miejscu, w związku z czym zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców została zachowana. O powyższym świadczy również fakt aż 3 złożonych ofert w zakresie części 5 postępowania.”.

Z dokumentów przekazanych do kontroli uprzedniej oraz wyjaśnień Zamawiającego wynika, że Zamawiający zaniechał dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w powyższym zakresie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. Przepisy art. 87 i art. 88 stosuje się.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że niezgodność treści we wskazanych powyżej zapisach występująca od zmiany zapisów w SWZ, wymagała zmiany lub sprostowania ogłoszenia o zamówieniu, tak aby oba dokumenty były ze sobą spójne. W konsekwencji niedopuszczalna jest sytuacja rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu, a treścią SWZ, która mogłaby prowadzić do złożenia ofert zgodnych z jednym z tych dokumentów, a niezgodnym z drugim. Okoliczność, na którą powołuje się Zamawiający wskazując, iż „(...) w związku z brakiem istotności niniejszej modyfikacji nie została dokonana zmiana ogłoszenia”, pozostaje bez wpływu na fakt, iż zapisy ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w ww. zakresie pozostały niespójne.

Zaniechanie dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Z protokołu postępowania wynika, że zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia w dniu 18.11.2022 r. Zamawiający wskazał w pkt 3 protokołu postępowania, iż wartość zamówień z podziałem na części oraz przeliczeniem wartości zamówienia w stosunku do euro wynosi, tj.:

- 1) 12 746 222,50 zł (tj. 2 985 553,25 euro),
- 2) 12 746 222,50 zł (tj. 2 985 553,25 euro),

- 3) 12 746 222,50 zł (tj. 2 985 553,25 euro),
- 4) 12 746 222,50 zł (tj. 2 985 553,25 euro),
- 5) 17 412 265,00 zł (tj. 4 078 482,42 euro).

Kontrolowane postępowanie zostało wszczęte w dniu 13.12.2022 r. Zamawiający zastosował jako podstawę przeliczenia wartości zamówienia publicznego średni kurs złotego w stosunku do euro, który wynosił 4.2693. Zgodnie z *Obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 stycznia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów* (Monitor Polski z dnia 11 stycznia 2021 r., poz. 11), z dniem 1 stycznia 2021 r. średni kurs złotego w stosunku do euro, stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów, ustalony na podstawie kwot określonych w komunikacie Komisji Europejskiej w sprawie równowartości progów określonych w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE i 2009/81/WE (Dz. Urz. UE C 457 z 11.11.2021, str. 1) - wynosi 4.2693.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej „Prezesem Urzędu”, informuje o średnim kursie złotego w stosunku do euro, stanowiącym podstawę przeliczania wartości zamówień lub konkursów, ustalonym na podstawie kwot określonych w komunikacie Komisji Europejskiej, o którym mowa w pkt 1

- mającym zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych od dnia wejścia w życie aktów wykonawczych Komisji Europejskiej, wydawanych odpowiednio na podstawie art. 6 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE, art. 17 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE i art. 68 dyrektywy 2009/81/WE.

Jak wynika z kolei z art. 3 ust. 3 ustawy Pzp, informacje, o których mowa w ust. 2, są ogłaszane w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, oraz zamieszczane na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Urzędem”, niezwłocznie po publikacji komunikatu Komisji Europejskiej, o którym mowa w ust. 2, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zgodnie z *Obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów* (Monitor Polski z dnia 15 grudnia 2021 r., poz. 1117), z dniem 1 stycznia 2022 r. średni kurs złotego w stosunku do euro, stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów, ustalony na podstawie kwot określonych w komunikacie Komisji

Europejskiej w sprawie równowartości progów określonych w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE i 2009/81/WE (Dz. Urz. UE C 457 z 11.11.2021, str. 1) - wynosi 4.4536.

W kontrolowanym postępowaniu Zamawiający był zatem zobowiązany do zastosowania kursu euro określonego w obwieszczeniu Prezesa Urzędu, który wynosi 4.4536, i obowiązuje od dnia 1 stycznia 2022 r. Właściwie obliczona wartość szacunkowa zamówienia wyrażona w euro powinna wynosić, tj.

- 1) 12 746 222,50 zł (tj. 2 862 004,33 euro),
- 2) 12 746 222,50 zł (tj. 2 862 004,33 euro),
- 3) 12 746 222,50 zł (tj. 2 862 004,33 euro),
- 4) 12 746 222,50 zł (tj. 2 862 004,33 euro),
- 5) 17 412 265,00 zł (tj. 3 909 705,63 euro).

Zamawiający nie przeliczając zatem wartości szacunkowej zamówienia wyrażonej w złotych na euro, według kursu określonego w obowiązującym na dzień wszczęcia kontrolowanej procedury obwieszeniu Prezesa Urzędu z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów naruszył przepis art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z przepisami ww. obwieszczenia.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Pismem z dnia 02.02.2023 r. zamawiający poinformował wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. iż w trakcie badania i oceny oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, powziął wątpliwości dotyczące elementów oferty wykonawcy, mających wpływ na wysokość jej ceny. Zamawiający wskazał, iż cena lub istotne jej części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zaoferowana przez wykonawcę - w części 5 - całkowita cena oferty w wysokości 14 758 155,00 zł brutto jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, tj. kwoty 21 417 085,95 zł brutto, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwrócił się do ww. wykonawcy o przedstawienie w terminie do dnia 06.02.2023 r.:

- 1) szczegółowego, merytorycznego i wiarygodnego wyjaśnienia potwierdzającego, że cena złożonej przez wykonawcę oferty nie jest rażąco niska, w szczególności przedstawienia odpowiednio umotywowanych i przekonujących czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę,
- 2) dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy,
- 3) kalkulacji ceny oferty, która może dotyczyć w szczególności: a) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług b) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, c) oryginalności dostaw oferowanych przez wykonawcę; d) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; e) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów, w o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; f) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; g) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Wykonawca Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. przy piśmie z dnia 05.02.2023 r. przekazał wyjaśnienia zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca wskazał w piśmie z dnia 05.02.2023 r. w pkt 4, iż uzasadnienie wskazane w ww. piśmie stanowi dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

W toku prowadzonej kontroli uprzedniej, pismem z dnia 04.04.2023 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o udzielenie informacji i uzupełnienie dokumentacji w poniższym zakresie. Poproszono o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, iż wykonawca Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. wykazał, że zastrzeżone informacje w uzasadnieniu z dnia 05.02.2023 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w ww. piśmie wskazał w pkt 4, iż uzasadnienie stanowi dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający przy piśmie z dnia 07.04.2023 r. (przekazanym w dniu 11.04.2023 r.) uzupełnił dokumentację oraz udzielił następujących wyjaśnień, tj.

„2/ Centrum wyjaśnia, iż zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień przez Wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. zostało uznane za zasadne z uwagi na treści przedstawionego uzasadnienia, jak i oświadczenie Wykonawcy. W ocenie Centrum spełnione zostały obiektywne przesłanki przesądzające o uznaniu za tajemnicę przedsiębiorstwa przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z załącznikami, stanowiącymi ich integralną część. Centrum na etapie badania i oceny ww. wyjaśnień nie znalazło podstaw do odtajnienia przedstawionych dokumentów.

Za powyższym przemawiał również fakt, iż żaden z Wykonawców nie wnioskował o wgląd do protokołu postępowania.”.

Mając na uwadze powyższe należy podnieść, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), zwanej dalej „ustawą Znk”, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika wprost, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią, co ma istotne znaczenie z perspektywy zasady jawności postępowania. Samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić i to w sposób kwalifikowany, czyli „wykazać” iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16, KIO 2119/16, wyrok KIO z 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2028/17). W świetle art. 11 ust. 2 ustawy Znk, 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. Tym samym warunkiem koniecznym do uznania, czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest posiadanie przez taką informację wartości gospodarczej. Powyższe oznacza, że nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Tym samym uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Wskazać w tym miejscu należy, że wykonawcy, którzy decydują się działać

na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności, tym samym winni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy Pzp. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mogą być to zatem informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wolałby nie upubliczniać, jednak powyższe nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27.07.2021 r. (sygn. akt 2018/21, 2048/21): „(...) zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na uwadze wyrażoną w orzecznictwie KIO zasadę minimalizacji utajnianych danych. Przyjęcie rozumowania, że wykonawca zastrzegając dokumenty może zawsze powołać się na to, że stanowią one całość i zbiór danych, bez wykazania, że rzeczywiście wypełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadziłoby do sytuacji, w której zastrzeżeniu mogłyby podlegać dowolne informacje bez względu na to, czy w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie. Jest to nie do pogodzenia z tym, że utajnianie informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

W ocenie Prezesa Urzędu wykonawca Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. nie wykazał, iż zastrzegane informacje w uzasadnieniu objęcia dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa wskazanego w piśmie z dnia 05.02.2023 r. (z wyłączeniem załączników do uzasadnienia) mają dla wykonawcy jakąkolwiek wartość gospodarczą. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne, lakoniczne, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie może być uznane za takie, które wykazuje konkretną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. W omawianym stanie faktycznym wykonawca zaniechał szczegółowego omówienia wartości gospodarczej w odniesieniu do dokumentów, którego zastrzeżenie tajemnicy w uzasadnieniu dotyczy, jak również nie wykazał, w jaki sposób pozyskanie zastrzeżonych informacji i dokumentów wskazanych w uzasadnieniu, pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wyrzucić na jego sytuację rynkową, w szczególności utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcy udział w kolejnych postępowaniach. Wykonawca zaniechał wykazania, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego.

W świetle powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu wykonawca Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. nie wykazał, jaką konkretnie wartość gospodarczą mają zastrzegane informacje w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (z wyłączeniem załączników do uzasadnienia). Podkreślić

bowiem należy, iż wartość gospodarcza zastrzeganej informacji jest jednym z elementów ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem wykazanie wartości gospodarczej informacji jest koniecznym elementem dla skutecznego ich zastrzeżenia. Tym samym, informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać nieujawnione tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, który w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Niewywiązanie się przez wykonawcę z ww. obowiązku powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Zamawiający każdorazowo zobligowany jest w toku badania i oceny ofert zweryfikować treść informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 02.09.2022 r. (sygn. akt 2194/22): „(...) w myśl jednolitej linii orzeczniczej KIO, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wynika to choćby z powoływanego przez samego przystępującego wyroku Izby z dnia 28.12.2021 r. o sygn. akt KIO 3513/21, w którym stwierdzono: „Podkreślenia wymaga jednak, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak uczynił to (...). Izba wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że samo uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia nie znajduje oparcia w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem jako takie należy je uznać za bezskuteczne”. Trudno zresztą byłoby wskazać (i przystępujący nie wskazał), co w samym uzasadnieniu mogłoby mieć wartość gospodarczą i wymagać zachowania poufności, skoro uzasadnienie to służy jedynie do wykazania, dlaczego inne informacje, np. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, podlegają ochronie. Tym samym brak ujawnienia przez zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było niedopuszczalne i stanowiło naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk.”.

W związku z powyższym, zamawiający poprzez uznanie przedłożonego przez wykonawcę w zakresie części nr 5, uzasadnienia objęcia dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa wskazanego w piśmie z dnia 05.02.2023 r. (z wyłączeniem załączników do uzasadnienia) jako pisma skutecznie objętego tajemnicą przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym, niedokonanie odtajnienia uzasadnienia objętego tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy o powyższym, naruszył treść art. 18

ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 617 ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.