

Sygn. akt: KIO 720/21

WYROK
z dnia 29 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r. przez wykonawcę **Lingua Lab s.c. W. Sz., M. D., Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez **Sieć Badawczą ŁUKASIEWICZ - PORT Polski Ośrodek Rozwoju Technologii Wrocław**,

przy udziale wykonawcy **IURIDICO Legal & Financial Translations Sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **umarza postępowanie w zakresie zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w części dotyczącej odtajnionych przez zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Groy Group M. G. – W.;**
2. **uwzględnia odwołanie w zakresie zarzut naruszenia 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 i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) odtajnić kalkulacje cen tłumaczeń zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy Groy Group M. G. – W. z dnia 22 lutego 2021 r.**
3. **kosztami postępowania obciąża zamawiającego Sieć Badawczą ŁUKASIEWICZ - PORT Polski Ośrodek Rozwoju Technologii, Wrocław:**
 - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Lingua Lab s.c. W. Sz., M. D., Kraków tytułem wpisu od odwołania;**
 - 3.2. **zasądza od zamawiającego Sieci Badawczej ŁUKASIEWICZ - PORT Polski Ośrodek Rozwoju Technologii, Wrocław na rzecz wykonawcy Lingua Lab s.c. W. Sz., M. D., Kraków kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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:.....

Sygn. akt: KIO 720/21

UZASADNIENIE

W dniu 8 marca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy **Lingua Lab s.c. W. Sz., M. D.** (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Sieci Badawczej **Łukasiewicz - PORT Polski Ośrodek Rozwoju Technologii, Wrocław** (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie, odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę **GROY Group**, mimo że wyłącznie niektóre z informacji zawartych we wskazanych wyjaśnieniach tj. dane osobowe tłumaczy, takie jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co uniemożliwiło postawienie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wybranej;
- 2) art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010) dalej jako „uznk” w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę **GROY Group**, mimo że wykonawca **GROY Group** nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 2.03.2021 r., (ii) powtórzenia czynności oceny i badania ofert; (iii) odtajnienia elementów wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy **GROY Group** z dnia 22.02.2021 r., zawierających informacje w zakresie składników cenotwórczych oraz sposobu wycieszenia cen jednostkowych oraz ceny całkowitej oferty wraz z dowodami (fakturami, umowami) potwierdzającymi koszty, po jakich nabywano usługi tłumaczeń, za wyjątkiem danych osobowych tłumaczy, takich jak np.: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej; (iv) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej po przeprowadzeniu ww. czynności, z uwzględnieniem odtajnienia wyjaśnień oraz rzetelnej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co w konsekwencji - prowadziłoby do konieczności odrzucenia oferty wykonawcy **GROY Group**.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający - Sieć Badawcza Łukasiewicz - PORT Polski Ośrodek Rozwoju Technologii (ul. Stąbłowicka 147, 54-066 Wrocław) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług tłumaczeniowych”, numer referencyjny: PO.271.4.2021. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług tłumaczenia pisemnego, ustnego, przysięgłego, weryfikacja oraz korekta tłumaczeń, a także poświadczenia tłumaczenia materiałów przekazywanych przez Zamawiającego, z języka polskiego na angielski oraz z języka angielskiego na polski (pkt. 3.1 SWZ). Tematyka tłumaczeń dotyczy zagadnień ogólnych, finansowych, gospodarczych, międzynarodowych, unijnych, prawnych, samorządowych oraz tłumaczeń naukowych i specjalistycznych (branżowych) w dziedzinie nauk o życiu i biotechnologii, medycyny, inżynierii materiałowej (pkt. 3.2 SWZ). Podstawowym składnikiem kosztowym w ramach przedmiotowego zamówienia jest koszt zatrudnienia tłumaczy.

Odwołujący wskazał, że w pkt. 2.10 SWZ Zamawiający określił wymagania dotyczące zatrudnienia przez wykonawcę na

podstawie stosunku pracy osób wykonujących następujące rodzaje czynności w zakresie realizacji zamówienia: tłumaczenia pisemne (największy element usługi zgodnie z OPZ), ustne, weryfikacja oraz korekta tłumaczeń, za wyłączeniem tłumaczenia przysięgłego i poświadczenia tłumaczenia materiałów przygotowywanych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że oferty w postępowaniu złożyli: wykonawca GROY Group, który zaoferował cenę 172 372,20 zł, Odwołujący, który zaoferował cenę 221 123,25 zł, wykonawca B. K. Biuro Tłumaczeń INTERTDCT ul. Młynarska 42 01-171 Warszawa, który zaoferował cenę 229 290,45 zł, wykonawca AG1T A. R. ul. 3 Maja 16/7 20-078 Lublin, który zaoferował cenę 233 164,95 zł, wykonawca IURIDICO Legal & Financial Translations Sp. z o.o. ul. Biała 18 80-432 Gdańsk, który zaoferował cenę 266 885,40 zł.

Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 269 345,40 zł.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał wykonawcę GROY Group do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. W dniu 22.02.2021 r. wykonawca Groy złożył wyjaśnienia - których treść w całości - w tym w zakresie obejmującym wszystkie istotne elementy wyjaśnień jak: koszt zatrudnienia tłumaczy, informacje na temat przyjętych kosztów ogólnozakładowych i administracyjnych oraz założonego zysku z tytułu realizacji zamówienia, informacje na temat wyjątkowo korzystnych warunków świadczenia usługi, dostępnych wykonawcy oraz szereg innych elementów wyjaśnień, a także dowody załączone do wyjaśnień - zostały utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa. Utajnione zostały nawet te informacje, które wcześniej były udostępnione w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia:

- w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa w zakresie tłumaczeń pisemnych dla jednostek Politechniki Opolskiej” nr sprawy ZP/U/09/2020, prowadzonym przez Politechnikę Opolską, wykonawca GROY Group złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, obejmujące informacje dotyczące m.in. wyjątkowo korzystnych warunków świadczenia usługi dostępnych wykonawcy - w tym o wysokości obniżenia kosztów z każdego z wymienionych tytułów - informacji o wysokości kosztów pracy, kosztów ogólnobudowlanych i administracyjnych, założonego zysku (kalkulacja cenowa) - które nie zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę GROY Group;
- w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi tłumaczenia artykułów, recenzji, i tekstów na język angielski”, nr sprawy WNP/225/PN/2020, prowadzonym przez Akademię Wojsk Lądowych imienia generała Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu, wykonawca GROY Group złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, obejmujące informacje dotyczące m.in. wyjątkowo korzystnych warunków świadczenia usługi dostępnych wykonawcy, informacji o wysokości kosztów pracy, kosztów ogólnobudowlanych i administracyjnych, założonego zysku (kalkulacja cenowa) - które zostały udostępnione Odwołującemu.

Odwołujący wskazał, że utajnienie wszystkich informacji kluczowych do oceny czy zaoferowane ceny jednostkowe są rażąco niskie - uniemożliwia Odwołującemu analizę oferty wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji - co skutkuje brakiem możliwości sformułowania zarzutów w tym zakresie. Działania Zamawiającego polegające na uznaniu zastrzeżenia za skuteczne - przy ewidentnym braku podstaw do takiego stwierdzenia - ograniczają prawo Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej w niniejszym postępowaniu. Odwołujący powołał się na wyrok KIO o sygn. akt: KIO 2974/20.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 Pzo w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 PZP w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę GROY Group, mimo że wyłącznie niektóre z informacji zawartych we wskazanych wyjaśnieniach tj. dane osobowe tłumaczy, takie jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co uniemożliwiło postawienie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wybranej.

Na wstępie Odwołujący wskazał, że wyłącznie wymienione poniżej informacje w postaci: danych osobowych tłumaczy, takich jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W pozostałym zakresie - informacje podane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 22.02.2021 r. - kluczowe do oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny - w tym uzasadnienie kosztów, kalkulacja cenowa oraz dane zawarte w „fakturach kosztowych”, takie jak: nazwy i typ usługi, kombinacja językowa, ilość jednostek rozliczeniowych, stawki jednostkowe za daną usługę, kwota netto, kwota brutto, data dokumentu księgowo-finansowego - nie stanowią informacji, w ocenie Odwołującego, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub inne informacji posiadających 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.

Odwołujący wskazał, że usługi tłumaczeniowe stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia mają charakter standardowy. W tym przypadku nie występuje więc możliwość powoływania się na innowacyjną metodę wykonania zamówienia, szczególne „know-how” dostępne wyłącznie wykonawcy GROY Group, którego ujawnienie mogłoby narazić tego wykonawcę na szkodę. W przypadku usługi tłumaczeniowej - fakt, że podstawowym składnikiem kosztowym tej usługi jest koszt tłumacza - jest powszechnie znany. Co istotne - informacje o średnich wynagrodzeniach tłumaczy - są udostępniane i powszechnie znane. Odwołujący wskazał, że w realiach rynkowych osoby o kwalifikacjach wymaganych dla realizacji przedmiotowego zamówienia - otrzymują wynagrodzenie znacznie wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Z danych podmiotów prowadzących działalność w branży zasobów ludzkich wynika, że w okresie 2017 - 2020 mediana płac na stanowisku tłumacza wynosiła 5.100 – 5.450 zł brutto:

Ogólnopolskiego Badania Wynagrodzeń (Źródło: Sedlak & Sedlak -).

Zdaniem Odwołującego to, ile zarabia tłumacz języka angielskiego, zależy od kilku czynników. Duże znaczenie ma np. region i wielkość miasta, które wpływają nie tylko na stawki, ale również na liczbę zleceń. 5100 zł brutto - tyle wynosiła mediana płac na tym stanowisku w 2017 r. Pracownicy mogli liczyć także na benefity, np. dofinansowanie zajęć sportowych {29%}, dostęp do prywatnej opieki medycznej (24%), świadczenia socjalne (18%) oraz ubezpieczenie na życie (12%). 69% tłumaczy wykonywało obowiązki na podstawie umowy o pracę. Warto zwrócić uwagę, że znaczny odsetek tłumaczy wykonuje swoje obowiązki na podstawie umowy - zlecenia lub umowy o dzieło. W ich, przypadku obowiązuje zasada - im więcej wykonanych zleceń, tym większe wynagrodzenie (Źródło: Pracuj.pl -). Stawki wynagrodzeń tłumaczy - są więc informacjami powszechnie znanymi.

Odwołujący wskazał, że w przypadku, gdyby w wyjaśnieniach RNC wykonawca GROY Group powołał się na korzystanie z translatorów elektronicznych lub programów do tłumaczenia automatycznego tekstów, to fakt korzystania z takich programów przez wykonawców działających na rynku - jest powszechnie znany. W przypadku tego postępowania

zabronione jest wykorzystywanie programów do tłumaczenia maszynowego, patrz OPZ strona 3 punkt drugi od góry: "Tłumaczenie maszynowe - tłumaczenie wykonane w całości lub częściowo za pomocą stron internetowych bądź oprogramowania komputerowego (lub za pomocą innych urządzeń elektronicznych) do automatycznej translacji tekstów. Zamawiający nie dopuszcza wykonywania tłumaczenia maszynowego przez Wykonawcę, niezależnie od tego, czy w ten sposób przetłumaczony tekst zostanie poddany późniejszej korekcie zgodnie z Umową. Za wykonywanie tłumaczenia maszynowego przewidziane są odrębne kary umowne." Również udostępniony wzór umowy przedmiotowego postępowania zawiera zapis: §6. SZCZEGÓŁOWE ZASADY WYKONYWANIA TŁUMACZEŃ pkt 10c: Uważa się usługą tłumaczenia pisemnego zawiera rażące wady, jeśli wystąpiła którakolwiek z poniższych sytuacji: i. Usługa została wykonana w oparciu o tłumaczenie maszynowe, z ewentualnymi po-prawkami i modyfikacjami (co najmniej 60% zgodności z tłumaczeniem wykonanym maszynowo za pomocą dowolnego narzędzia).

Odwołujący wskazał, że w przypadku usług tłumaczeniowych objętych zamówieniem - do podstawowych składników kosztowych należą:

- koszt tłumacza,
- koszt weryfikatora/korektora,
- koszty ogólnozakładowe i administracyjne,
- zysk.

W ramach przedmiotowej usługi - nie występują inne składniki kosztowe. Taki sam sposób wykonywania usługi - dotyczy wszystkich wykonawców na rynku. Różnice dotyczą jedynie przyjętej wysokości wynagrodzenia tłumacza.

W rezultacie, w ocenie Odwołującego, w przypadku przedmiotowego zamówienia, wyłącznie wąski zakres informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawcy GROY Group dotyczących danych identyfikujących tłumaczy zatrudnionych przez wykonawcę może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

W pozostałym zakresie - w szczególności informacje dotyczące uzasadnienia kosztów, kalkulacja cenową oraz dane zawarte w „fakturach kosztowych” - nie stanowią informacji technologicznych, handlowych, organizacyjnych, obrazujących wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła kupna i zbytu, posiadających wartość ekonomiczną i gospodarczą - jak wskazał wykonawca GROY Group na str. 2 dokumentu pn. „OŚWIADCZENIE dotyczące informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” z dnia 22.02.2021 r.

Odwołujący wskazał, że powinien mieć możliwość weryfikacji w szczególności uzasadnienia kosztów oraz kalkulacji cenowej - w szczególności w zakresie analizy, czy koszty pracy zostały przyjęte na poziomie nie niższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Odwołujący powinien również uzyskać możliwość weryfikacji zanonimizowanych faktur kosztowych. W szczególności - powinien móc przeanalizować, czy data dokumentu księgowo- rozliczeniowego jest aktualna i dotyczy aktualnych stawek wynagrodzeń tłumaczy, czy też - przedstawiono dowody nieaktualne - odnoszące się do stawek nierynkowych, za które obecnie nie ma możliwości zatrudnienia tłumacza. Odwołujący powołał się na orzeczenia KIO o sygn. akt: 2745/17.

Zdaniem Odwołującego niedopuszczalne jest przyjmowanie przez Zamawiającego - jako prawidłowego - takiego działania wykonawcy, które polega na zastrzeganiu tajemnicą przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które nie mogą być chronione. W takiej sytuacji Zamawiający powinien ujawnić określoną treść dokumentów, która została w sposób nieuprawniony zastrzeżona przez wykonawcę, z wyłączeniem tych informacji, które rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokonanie powyższej czynności nie wymaga skomplikowanych zabiegów ze strony Zamawiającego, który „informacje wrażliwe” może zwyczajnie „zastonić” czy też wymazać.

Odwołujący wskazał, że ujawnienie analogicznych wyjaśnień RNC złożonych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia - powoduje brak możliwości wskazywania, że zastrzeżone informacje:

- zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. DOZ. 10101 dalej jako „uznk” w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 PZP - poprzez zaniechanie odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę GROY Group, mimo że wykonawca GROY Group nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z dn. 22.02.2021 r. ma charakter ogólnikowy i sztamkowy. Uzasadnienie ma charakter ogólny i nieskonkretyzowany do przedmiotowego zamówienia. Ze względu na ogólny charakter analogiczne uzasadnienie mogłoby być sporządzone i złożone przez wykonawcę GROY Group w jakimkolwiek innym postępowaniu, i w odniesieniu do jakichkolwiek innych informacji.

Zdaniem Odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia jest powieleniem uzasadnień złożonych w poprzednio prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Świadczy o tym m.in. fakt, że w uzasadnieniu przywołano przepisy ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r. - która została uchylona z dniem 1.01.2021 r. Ponadto powołano się na również na nieobowiązujący art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - zamiast aktualnie obowiązującego art. 11 ust. 2 uznk.

W ocenie Odwołującego wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji - w przypadku przedmiotowego zamówienia tj. usług tłumaczeniowych - należałoby wykazać, jaką wartość gospodarczą posiada uzasadnienie kosztów, kalkulacja cenowa, jak również jednostkowe „faktury kosztowe”. Wykonawca GROY Group nie wykazał szkody, jaka wiąże się z ujawnieniem zastrzeżonych informacji. Wykonawca nie wykazał również, że w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Załączenie dowodów - potwierdzających spełnienie przedmiotowej przesłanki wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk - ma charakter pozorny.

Wykonawca przedstawił jedynie rzekomo stosowane „wzory” klauzul o zachowaniu poufności oraz umowy o świadczenie usług tłumaczeniowych - jednak nie wykazał, że kiedykolwiek doszło do zawarcia takiej umowy.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp obowiązkiem wykonawcy GROY Group było wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający, jako podmiot dokonujący oceny skuteczności dokonanego zastrzeżenia, powinien z należyłą starannością zbadać, czy wykonawca wykazał spełnienie każdej z przesłanek, o której mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 13.03.2018 r. o sygn. akt: KIO 315/18.

W ocenie Odwołującego możliwość nieujawnienia informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy więc

traktować jako sytuację wyjątkową, a podstawy do skorzystania z niej traktować zawężająco, w przeciwnym bowiem razie jawność postępowania i wynikające z niej wartości i gwarancje nie byłyby realizowane. Tym samym nie można zgodzić się z dostrzeżoną m.in. w praktyce orzeczniczej Izby skłonnością wykonawców, a niekiedy też zamawiających, do liberalnego traktowania przesłanek faktycznych i prawnych warunkujących objęcie przedstawianych przez wykonawców informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwoływającego w przedmiotowym stanie faktycznym - Zamawiający nie przeanalizował należycie, czy w przypadku usług tłumaczeniowych objętych zamówieniem - informacje o składnikach kosztowych w postaci wynagrodzeń tłumaczy (bez podania danych osobowych tłumaczy), kosztach ogólnych oraz zysku wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia - mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług tłumaczeniowych”, numer referencyjny: PO.271.4.2021. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług tłumaczenia pisemnego, ustnego, przysięgłego, weryfikacja oraz korekta tłumaczeń, a także poświadczenia tłumaczenia materiałów przekazywanych przez Zamawiającego, z języka polskiego na angielski oraz z języka angielskiego na polski (pkt. 3.1 SWZ). Tematyka tłumaczeń dotyczy zagadnień ogólnych, finansowych, gospodarczych, międzynarodowych, unijnych, prawnych, samorządowych oraz tłumaczeń naukowych i specjalistycznych (branżowych) w dziedzinie nauk o życiu i biotechnologii, medycyny, inżynierii materiałowej (pkt. 3.2 SWZ).

Izba ustaliła, że oferty w postępowaniu złożyli następujący wykonawcy: wykonawca GROY Group, który zaoferował cenę 172 372,20 zł, Odwoływający, który zaoferował cenę 221 123,25 zł, wykonawca B. K. Biuro Tłumaczeń INTERTDCT ul Młynarska 42 01-171 Warszawa, który zaoferował cenę 229 290,45 zł, wykonawca AG1T A. R. ul. 3 Maja 16/7 20-078 Lublin, który zaoferował cenę 233 164,95 zł, wykonawca IURIDICO Legal & Financial Translations Sp. z o.o. ul. Biała 11 80-435 Gdańsk, który zaoferował cenę 266 885,40 zł.

Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 269 345,40 zł.

Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał wykonawcę GROY Group do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. W dniu 22.02.2021 r. wykonawca Groy złożył wyjaśnienia - których treść w całości zostały utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba zważyła co następuje:

Postępowanie odwoławcze w części podlegało umorzeniu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożył oświadczenie o częściowym uwzględnieniu odwołania. Zamawiający odtajnił wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę Groy Group w dniu 22 lutego 2021 r., z wyłączeniem kalkulacji cen tłumaczeń, zawartych w tabelach na stronach 3 - 5 oraz danych pracowników i wysokości wynagrodzenia za pracę pracowników (zawartych na stronie 4 wyjaśnień oraz w umowach o pracę), danych sprzedawcy i wysokości wynagrodzenia (zawartych na fakturze VAT 4/2020 i umowy zlecenia z dnia 1.08.2016 r.), wysokości cen stosowanych przez wykonawcę Groy Group i danych klientów (wskazanych na fakturach VAT nr INV- 01746/2020, INV-02027/2020, INV - 00064/21, INV - 0144/2020).

Rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w *uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15*. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zorzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w szeregu orzeczeń Izby m.in. w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

Na posiedzeniu z udziałem stron Odwoływający złożył oświadczenie o podtrzymaniu zarzutów dotyczących niezasadnego utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do kalkulacji cen tłumaczeń strona 3 – 5 wyjaśnień oraz braku wykazania przez wykonawcę Groy Group przesłanek zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów podtrzymanych przez Odwoływającego, Izba stwierdziła, że zarzuty te są zasadne.

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Ustawodawca w ust. 2 ustawy Pzp wskazał, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Ponadto w ust. 3 wskazano, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. i), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w ustawie Pzp.

Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca taki nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł takie informacje oraz wykazał, iż spełniają one przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, 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. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej,

działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego – powinny być badane z wyjątkową starannością.

Podkreślić należy, że zamawiający przychyłając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Podsumowując, dla skutecznego zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca zobowiązany jest: (i) zastrzec, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa; (ii) wykazać spełnienie przesłanek określonych w ZNKU; (iii) przy czym obie te czynności powinny nastąpić – co do zasady – nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający niezasadnie zaniechał odstąpienia kalkulacji cen tłumaczeń zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Groy Group. Dokonując analizy powyższych wyjaśnień Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wypełnione zostały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 2 UZNK.

Po pierwsze, wskazać należy, że ustawodawca w art. 11 ust. 2 UZNK wskazał, iż dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać, że informacji ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. Samo zakwalifikowanie określonej informacji jako poufnej nie przesądza o jej wartości gospodarczej. Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać Zamawiającemu m.in., że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny – poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wymieniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa – może znaleźć uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny, sięgający poza dane postępowanie.

Zdaniem Izby w treści złożonego uzasadnienia dotyczącego zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez wykonawcę Groy Group nie została wykazana wartość gospodarcza informacji, które nie zostały ujawnione przez Zamawiającego tj. kalkulacji kosztów tłumaczeń. Izba podkreśla, że uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy jako tajemnica przedsiębiorstwa musi odnosić się do konkretnych twierdzeń, oświadczeń, danych zawartych w wyjaśnieniach. Uzasadnienie zaś wykonawcy Groy Group ma charakter ogólny, w zasadniczej części opiera się na przytaczaniu gołosłownych twierdzeń o wartości gospodarczej, handlowej i ekonomicznej zastrzeżonych informacji, bez odniesienia się do poszczególnych elementów wyjaśnień. Stwierdzenia takie jak: „W/w dane stanowią informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa, które posiadają dla nas wartość gospodarczą, które w szczególnym zestawieniu nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób”, „W/w dokumenty zawierają informacje technologiczne, handlowe, organizacyjne obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła kupna i zbytu. Posiadają wartość ekonomiczną i gospodarczą”, są twierdzeniami notorycznie powtarzаныmi przez wykonawców w postępowaniach przetargowych. Jednakże twierdzenia te są puste, jeśli wykonawca zaniecha odniesienia ich do konkretnych informacji zawartych w treści wyjaśnień i nie wykaże w czym upatruje wartości gospodarczej konkretnej informacji.

Zdaniem Izby wykonawca Groy Group nie wykazał w treści złożonego uzasadnienia wartości gospodarczej kalkulacji cenowej tłumaczeń. Tabele te zawierają informacje na temat przyjętego w tym konkretnym postępowaniu wynagrodzenia miesięcznego za pracę tłumacza, która składa się w zasadniczej części na koszty realizacji zamówienia. Wykonawca nie wykazał, że stosuje jakieś unikalny system wynagrodzeń dla tłumaczy, które uzasadnia ochronę informacji dotyczących przyjętych kosztów pracy, nie wykazał wartości niematerialnej zastrzeżonych informacji. Wykonawca nie przedstawiał żadnej polityki czy metodologii wynagrodzenia pracowników w swojej firmie, jak również nie wykazał, iż przedstawione w treści wyjaśnień kalkulacje są oparte na opracowanej przez wykonawcę formule, mającej charakter unikatowy i dostępny wyłącznie temu wykonawcy. Z treści wyjaśnień można pośrednio wnioskować, że wykonawca obawia się, iż w przypadku ujawnienia kosztów wynagrodzenia tłumacza istnieje ryzyko, że inny wykonawca mogą zabiegać o jego pracowników. To jednak, w ocenie Izby, nie jest obiektywna wartość gospodarcza informacja uzasadniająca jej zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale subiektywna ocena ryzyka związanego z możliwością rezygnacji danego pracownika z pracy u wykonawcy na rzecz korzystniejszych warunków u innego podmiotu. To zaś jest elementem zdrowej i prawidłowej konkurencji na rynku, umożliwiającej pracownikom otrzymanie lepszego wynagrodzenia za wykonywaną pracę. Izba podkreśla również, że informacje wskazane tabelach nie są informacjami dotyczącymi wynagrodzenia konkretnej osoby wskazanej z imienia i nazwiska. Wykonawca przedstawiał koszty realizacji usługi tłumaczenia w ramach konkretnego postępowania. Koszty te podlegają weryfikacji względem przepisów prawa dotyczących minimalnego wynagrodzenia o pracę oraz uwarunkowań rynkowych związanych z możliwością uzyskania cen wskazanych przez wykonawcę. Taka weryfikacja jest elementem jawności postępowania przetargowego, na którą wykonawca Groy Group godzi się składając ofertę w postępowaniu przetargowym. Ograniczenie tej zasady, jako wyjątek, musi być wykazane spełnieniem określonych przesłanek, w tym wykazania wartości

gospodarczej, czego zdaniem Izby wykonawca Groy Group nie uczynił. Izba podkreśla również, że wbrew twierdzeniom wykonawcy Groy Group możliwość wykorzystania informacji dotyczących wynagrodzenia tłumacza w konkretnym postępowaniu przetargowym w innych postępowaniach jest niezwykle ograniczona. Każde postępowanie ma swoją specyfikę, odmienne uwarunkowania, wymagania dotyczące tłumaczeń, języka, dozwolonych narzędzi, tematyki. Te elementy determinują zakres wymagań wobec tłumacza, a jednocześnie wpływają na poziom wynagrodzenia. Zdaniem Izby wykonawca Groy Group w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób informacja o poziomie wynagrodzenia tłumacza w tym konkretnym postępowaniu może być wykorzystana ze szkoda na wykonawcy w innych postępowaniach. Ryzyko utraty pracownika z powodu zbyt niskiego wynagrodzenia nie jest obiektywną wartością gospodarczą, ale elementem konkurencji i zapewnienia pracownikom uczciwego i godnego wynagrodzenia za pracę.

Izba podkreśla również należy, że Odwołujący jak i Przystępujący wykazali, że wynagrodzenie tłumaczy jest przedmiotem dyskusji na licznych forach internetowych, na których osoby te dzielą się informacjami co do otrzymywanego wynagrodzenia za pracę. Poziom tego wynagrodzenia jest okolicznością powszechnie znaną na rynku.

Zdaniem Izby, wobec braku wykazania przez wykonawcę Groy Group wartości gospodarczej informacji zawartych w kalkulacjach cen tłumaczenia, informacje te nie spełniają przesłanki koniecznej do uznania ich za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym, Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie tych informacji, tak aby inni wykonawcy mieli możliwość zweryfikowania prawidłowości przyjętych przez wykonawcę Groy Group założeń cenowych co do kosztów realizacji zamówienia. Zdaniem Izby zasada jawności postępowania przetargowego musi być ściśle przestrzegana zarówno przez Zamawiającego jak i wykonawców decydujących się na udział w postępowaniu przetargowym. Możliwość weryfikacji wyceny kosztów realizacji zamówienia przez innych wykonawców stanowi realizację tej zasady i jest gwarancją rzetelnej i obiektywnej analizy ofert innych wykonawców. To zaś w konsekwencji przedkłada się na zapewnienie wyboru wykonawcy, które w sposób prawidłowy zrealizuje zamówienia i nie będzie w sposób nieuprawniony poszukiwał oszczędności, aby zmieścić się w nieprawidłowo skalkulowanych kosztach realizacji zamówienia.

Jednocześnie Izba wskazuje, że możliwość zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wymaga wykazania, że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W analizowanym stanie faktycznym w celu wykazania ww. przesłanki wykonawca winien wykazać, że podjął działania zmierzające do zachowania informacji zawartych w kalkulacjach cen tłumaczeń w poufności. Zdaniem Izby wykonawca Groy Group nie wykazał takich okoliczności. Po raz kolejny Izba wskazuje, że uzasadnienie wykonawcy ma charakter ogólny, wykonawca posługuje się ogólnymi stwierdzeniami dotyczącymi zachowania informacji w poufności, bez odniesienia do konkretnego postępowania i konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach. Wykonawca Groy Group nie wykazał, iż w tym postępowaniu podjął kroki w celu zachowania w poufności informacji dotyczącej wynagrodzenia tłumacza. Wykonawca przedstawił umowy o pracę, w których brak jest jakiegokolwiek odniesienia do obowiązku zachowania informacji dotyczących wynagrodzenia w poufności. Wykonawca załączył do wyjaśnień postanowienia o zachowaniu w poufności i wzór umowy, ale nie przedstawił żadnego dowodu, iż w ramach prowadzonego postępowania przetargowego ktokolwiek podpisał owe dokumenty i zobowiązał się do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Sam wzór dokumentu nie jest równoznaczny z obowiązkiem nałożonym na konkretną osobę. Zdaniem Izby wykonawca Groy Group nie wykazał przesłanki podjęcia działań w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Wyjaśnienia wykonawcy mają charakter ogólny, są poparte dokumentami nie odnoszącymi się do analizowanego postępowania przetargowego. Ogólne i subiektywne stwierdzenia wykonawcy nie mogą być uznane za wykazanie spełnienia przesłanek, o których ustawodawca mówi w art. 11 ust. 2 UZNK.

Mając na uwadze brzmienie art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, Izba uznała, że wykonawca Groy Group nie wykazał, że kalkulacje cen tłumaczeń zawarte w wyjaśnieniach z dnia 22 lutego 2021 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym Izba nakazała odtajnienie tych informacji przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący.....