Sygn. akt: KIO 2296/18

WYROK
z dnia 26 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Członkowie: Katarzyna Brzeska
Anna Chudzik
Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 listopada 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: DSV Air & Sea Sp. z o.o., UTI POLAND Sp. z o.o. oraz DSV Road Sp. z o.o. z siedzibą Ołtarzewie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie** przy udziale **wykonawcy Fights On Logistic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 2 odwołania, tj. zaniechania wezwania wykonawcy Fights On Logistic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych.**
2. **W pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
3. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: DSV Air & Sea Sp. z o.o., UTI POLAND Sp. z o.o. oraz DSV Road Sp. z o.o. z siedzibą w Ołtarzewie** zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: DSV Air & Sea Sp. z o.o., UTI POLAND Sp. z o.o. oraz DSV Road Sp. z o.o. z siedzibą w Ołtarzewie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:……
Członkowie: ……
……

Sygn. akt KIO 2296/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - umowy ramowej, którego przedmiotem jest „*Świadczenie usług celno-spedycyjnych na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia i wskazanych jednostek wojskowych*”.- *sprawa nr IU/5/IV-106/ZO/POOiB/USŁ/Z/2016.* Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 maja 2017 r., za numerem 2017/S 091-181081. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 5 listopada 2018 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: DSV Air & Sea Sp. z o.o., UTI POLAND Sp. z o.o. oraz DSV Road Sp. z o.o. z siedzibą w Ołtarzewie dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na braku uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez Odwołującego w stosunku do informacji zawartych w wyjaśnieniach przedstawionych Zamawiającemu w dniu 10 lipca 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie skierowane do Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 oraz 87 ust. 1 ustawy pzp („Wyjaśnienia z 10 lipca 2018 r.") oraz od zaniechania wezwania FIGHTS ON LOGiSTICS Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów podmiotowych zgodnie z Wyrokiem Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 września 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 750/18 zmieniającym wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2018 r., sygn. akt KIO 449/18 („Wyrok Sądu Okręgowego").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 8 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK"), poprzez bezzasadne uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że Wyjaśnienia z dnia 10 lipca 2018 r. zawierały informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy wyjaśnienia te, we wskazanym wprost przez Odwołującego

zakresie, zawierały informacje, które w szczególnym zestawieniu (stanowiącym zbiór informacji) podlegają ochronie przed ujawnieniem ich osobom trzecim, a Odwołujący wykazał spełnienie w stosunku do nich wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 UZNK niezbędnych do skutecznego zachowania ich w tajemnicy przed podmiotami konkurencyjnymi wobec Odwołującego,

2. art. 26 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy FIGHTS ON do uzupełnienia dokumentów podmiotowych zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego, co skutkuje tym, że wykonawca ten uzyskuje bezpodstawnie korzyść w postaci wydłużenia czasu na uzyskanie niezbędnych na potrzeby udziału w postępowaniu dokumentów, podczas kiedy Zamawiający powinien był podjąć niezbędne działania bez zbędnej zwłoki i zapewnić Wykonawcy FIGHTS ON termin jaki posiadał na dokonanie analogicznych uzupełnień inny wykonawca, tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ROHLIG SUUS LOGISTICS S.A. z siedzibą w Warszawi FLEXTRONICS LOGISTICS POLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, COMPASS FORWARDING Co. Inc. z siedzi Nowym Jorku („KONSORCJUM SUUS"), którzy znajdowali się w identycznej sytuacji na wcześniejszym etapi postępowania, co stanowi wyraźne naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie, na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy pzp w związku z art. 8 ust. 3 ustawy pzp wniósł o wyłączenie jawności części rozprawy dotyczącej wszystkich informacji i dokumentów objętych przez Odwołującego klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa" odnoszących się do Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r. oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez Odwołującego w stosunku do informacji zawartych w Wyjaśnieniach z 10 lipca 2018 r.,

2. niezwłocznego wezwania Wykonawcy FIGHTS ON do uzupełnienia dokumentów podmiotowych zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego,

a także wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W zakresie czynności skarżonej przez Odwołującego dotyczącej Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r. Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu 26 października 2018 r. za pomocą poczty elektronicznej uzyskał od Zamawiającego informację o braku uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez Odwołującego w stosunku tych wyjaśnień. Przekazane wówczas Odwołującemu pismo stanowi jedynie wyraz intencji Zamawiającego do ujawnienia zastrzeżonej części dokumentu, co nastąpi (zgodnie z końcowym fragmentem tego pisma) dopiero po bezskutecznym upływie terminu przysługującego Odwołującego na wniesienie środków ochrony prawnej. W zakresie zaś zaniechania czynności wezwania Wykonawcy FIGHTS ON do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący zwrócił uwagę, że w następstwie przekazania mu w dniu 29 października 2018 r. korespondencji prowadzonej w postępowaniu pomiędzy Wykonawcą FIGHTS ON a Zamawiającym już po wydaniu Wyroku Sądu Okręgowego, Odwołujący powziął wiedzę, że pomimo upływu (na dzień dzisiejszy) już 39 dni od wydania tego wyroku, Zamawiający cały czas nie realizuje obowiązku nałożonego na niego Wyrokiem Sądu Okręgowego. Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący, kierując się analogiczną sytuacją z wcześniejszego etapu postępowania (gdzie wezwany wykonawca - KONSORGUM SUUS - miało dokładnie 36 dni na uzupełnienie tych samych dokumentów), przyjął, że z dniem 29 października 2018 r. działając z należytą starannością powziął wiadomość o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania w zakresie zaniechania przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy FIGHTS ON do uzupełnienia dokumentów, czym została naruszona zasada równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy pzp Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Przekazane w dniu 10 lipca 2018 r. informacje dotyczące sposobu kalkulacji poszczególnych pozycji z cennika Odwołującego (tj. Wyjaśnienia z 10 lipca 2018 r.) stanowią szczególny zbiór danych ilustrujących sposób wyceny nabywanego przez Zamawiającego świadczenia. Uwzględnienie całokształtu tych informacji dało możliwość zaoferowania przez Odwołującego wyjątkowo korzystnych warunków realizacji przyszłej umowy z Zamawiającym. W związku z powyższym, ujawnienie obecnie tych danych na rzecz podmiotów bezpośrednio konkurujących z Odwołującym może narazić Odwołującego na bardzo wymierną szkodę w postaci pozyskania przez te podmioty założeń przyjętych do wyceny (ale też realizacji) umowy z Zamawiającym. Powyższe jest tym bardziej uzasadnione faktem, że dalsze losy obecnego postępowania w związku z Wyrokiem Sądu Okręgowego nie są znane, a można wręcz twierdzić, że istnieje ryzyko unieważnienia prowadzonego postępowania. W przypadku zatem ujawnienia obecnie sposobu kalkulacji cen oferowanych przez Odwołującego w

postępowaniu i późniejszego unieważnienia postępowania, podmioty konkurencyjne wobec Odwołującego uzyskają wgląd do przyjętej przez niego strategii cenowej, co automatycznie pogorszy sytuację Odwołującego w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącym przedmiotowego zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że w świetle powyższego jak najbardziej posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść realną szkodę wskutek zaskarżonej czynności Zamawiającego.

Odwołujący wskazał również, że wybrane fragmenty załączników do odwołania odnoszą się do informacji skutecznie zastrzeżonych w Wyjaśnieniach z 10 lipca 2018 r. jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK. W związku z tym Odwołujący wniósł o wyłączenie jawności postępowania odwoławczego w tym zakresie i nie ujawnianie zastrzeżonych treści ewentualnym uczestnikom tego postępowania.

Odnośnie zarzutu 1 odwołania Odwołujący podniósł, że kryteria oceny ofert w postępowaniu odnosiły się do uzupełnianych przez wykonawców pozycji cennika świadczenia usług celno-spedycyjnych. Na potrzeby oceny ofert wykonawcy wpisywali wymagane przez Zamawiającego wartości (stawki, ilości dni, wysokość marży, etc.) do formularza będącego cennikiem świadczonych usług. Formularz ten stanowił Załącznik nr 2 do SIWZ. W dniu 4 lipca 2018 r. Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust 1 ustawy pzp wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wskazanych w piśmie pozycji cennika Odwołującego. Odwołujący w dniu 10 lipca 2018 r. przedłożył Zamawiającemu obszerne wyjaśnienia w zakresie pozycji cennika budzących wątpliwości Zamawiającego, w tym przedłożył także potwierdzające je dowody („Wyjaśnienia z 10 lipca 2018 r."). Jednocześnie, działając na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK, Odwołujący zastrzegł większość Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r. jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie dla takiego zastrzeżenia znalazło się w punkcie 3 uzasadnienia Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r., a dowody potwierdzające zaistnienie przesłanek niezbędnych do utajnienia tych wyjaśnień zostały załączone do pisma.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający z początku nie powziął jakichkolwiek wątpliwości dotyczących skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego w Wyjaśnieniach z 10 lipca 2018 r. Powyższe potwierdza czynność (na dzień dzisiejszy unieważniona wskutek czynności z 1 października 2018 r.) podjęta przez Zamawiającego w dniu 14 sierpnia 2018 r., w której Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, przy potwierdzeniu jednak skuteczności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na rzekomy brak skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego zwrócił uwagę dopiero Wykonawca FIGHTS ON, składając odwołanie od zaniechania ujawnienia treści tych wyjaśnień. Odwołanie to zainicjowało postępowanie odwoławcze zarejestrowane pod sygn. KIO 1718/18. Wprawdzie Zamawiający początkowo uznał w powyższym zakresie odwołanie Wykonawcy FIGHTS ON, jednak w związku z cofnięciem tego odwołania i późniejszym umorzeniem postępowania odwoławczego w sprawie (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 2 października 2018 r.), oświadczenie Zamawiającego nie wywarło jakiegokolwiek trwałego skutku prawnego w postępowaniu. Dopiero 26 października 2018 r. (a zatem blisko 51 dni po uznaniu przez Zamawiającego zarzutu z odwołania Wykonawcy FIGHTS ON oraz 108 dni po przedstawieniu Zamawiającemu Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego, że jednak (mimo wcześniejszego stanowiska zajętego w postępowaniu) nie uznał skuteczności dokonanych przez Odwołującego wyjaśnień i zamierza je udostępnić podmiotom trzecim.

Przechodząc do argumentacji prawnej Odwołującego, w pierwszej kolejności wskazał, że stanowisko prezentowane konsekwentnie przez Odwołującego (chęć zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa pewnych informacji zawartych w Wyjaśnieniach z 10 lipca 2018 r.) oparte było w pewnym zakresie na dotychczasowej praktyce Zamawiającego. Wszelkie bowiem pozycje cennika obowiązującego w poprzednim (tożsamym) postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w 2017 roku, zostały uznane przez Zamawiającego za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa jednego z konsorcjantów Odwołującego (UTI POLAND Sp. z o.o.) Tymczasem, w piśmie z 26 października 2018 r., Zamawiający zupełnie bezpodstawnie wskazał, że cennik jednego z konsorcjantów Odwołującego z poprzedniego postępowania (o którym mowa powyżej w punkcie 2.2.3) był wprawdzie uznawany przez Zamawiającego jako stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa, ale tylko do czasu złożenia ofert przez Wykonawców w obecnym postępowaniu. Odwołujący podniósł, że można by postawić retoryczne pytanie w jaki sposób Zamawiający ustalił tę cezurę czasową dla takiego zastrzeżenia, skoro dysponent tych informacji w żaden sposób nie ograniczał swojego zastrzeżenia czasowo. Odwołujący (ani jego konsorcjanci) nie chronią swoich newralgicznych informacji ad hoc, a działają w tym zakresie konsekwentnie, także mając na względzie kolejne (przyszłe) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto Odwołujący zaznaczył, że nie zgadza się także z innymi argumentami Zamawiającego zawartymi w piśmie z 26 października 2018 r. Przede wszystkim należy podkreślił, że nie jest prawdą, jak twierdzi Zamawiający w swoim piśmie (str. 3), że Odwołujący nie wskazał, które konkretnie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W rzeczywistości, Zamawiający pozyskał bardzo konkretną informację w powyższym

zakresie, o czym najdobitniej świadczy fakt przekazania Zamawiającemu wraz z Wyjaśnieniami z 10 lipca 2018 r. ich zanonimizowanej wersji (stanowiła ona Załącznik nr 13 do tych wyjaśnień), która pozbawiona była informacji o znaczeniu sensytywnym dla Odwołującego. Tym samym, Zamawiający doskonale wiedział, które konkretnie fragmenty wyjaśnień złożonych przez Odwołującego mogą być ujawnione podmiotom trzecim, a które nie. Tym samym, dziwić może dokonana przez Zamawiającego ocena informacji zawartych w Wyjaśnieniach z 10 lipca 2018 r. z punktu widzenia możliwości ich utajnienia w stosunku do tych części wyjaśnień, których Odwołujący nie miał intencji zastrzec (np. przytoczone w piśmie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w punktach 3.1-3.6 Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r.).

Odwołujący zaznaczył również, że w swoim stanowisku Zamawiający w żaden sposób nie wskazał jednoznacznie, która przesłanka z art. 11 ust. 4 UZNK rzekomo nie została wykazana przez Odwołującego w stosunku do Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r. Zgodnie z przywołanym przepisem (w brzmieniu obowiązującym na dzień składania Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r.), aby dana informacja została skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, musi ona spełniać łącznie następujące przesłanki: w zakresie charakteru zastrzeżonej informacji - informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa muszą być informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą, w zakresie nieujawniania informacji do wiadomości publicznej - informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostały udostępnione jakiemukolwiek nieuprawnionemu do tego podmiotowi, w zakresie podjętych przez przedsiębiorcę środków - wykonawca zobowiązany jest wykazać, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. W świetle powyższego, skoro Zamawiający zdecydował się nie uznawać skuteczności zastrzeżenia przedstawionych mu wyjaśnień, powinien był przynajmniej wskazać, która (w jego ocenie) przesłanka z wyżej wskazanych nie została przez Odwołującego wykazana. Już tylko brak uzasadnienia w powyższym zakresie czyni w ocenie Odwołującego decyzję Zamawiającego niezgodną z przepisami ustawy pzp.

Odwołujący podniósł ponadto, że we współczesnym obrocie gospodarczym informacje posiadane przez danego wykonawcę stanowią de facto bardzo cenny towar pozwalający budować przewagę konkurencyjną. Obecnie informacja jest jednym z podstawowych zasobów przedsiębiorstwa i odgrywa ogromną rolę w kontekście jego funkcjonowania. Wobec tego informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa ma wymierną wartość ekonomiczną, a zatem przez jej ochronę zabezpieczony jest interes gospodarczo-ekonomiczny konkretnego podmiotu. W kontekście powyższego wskazał, że zastrzeżone przez Odwołującego informacje dotyczą sposobu dokonywania wyceny stawek odnoszących się do wybranych elementów zamówienia i w związku z tym uwzględniają szereg informacji dotyczących czynników mających wpływ na prawdopodobieństwo wystąpienia danych okoliczności kosztotwórczych, decydując tym samym o przewadze konkurencyjnej Odwołującego. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że w postępowaniu głównym (i jedynym) czynnikiem decydującym o wyborze najkorzystniejszej oferty był właśnie sposób kalkulacji poszczególnych stawek oferowanych przez wykonawców (100% możliwych do uzyskania punktów w ustalonych w SIWZ kryteriach oceny ofert). Zamawiający nie przewidział żadnych innych kryteriów oceny ofert, a sam algorytm oceny zaoferowanych stawek miał bardzo złożony charakter i stanowił Załącznik nr 4 do SIWZ. Tym samym sposób kalkulacji poszczególnych stawek oferowanych przez wykonawców miał bezpośrednie przełożenie na konkurencyjność oferty, a zatem i na zbudowanie ewentualnej przewagi danego wykonawcy. Biorąc pod uwagę, że informacje zawarte w Wyjaśnieniach z 10 lipca 2018 r. opisują szczegółowo sposób wyliczenia konkretnych stawek zaoferowanych przez Odwołującego, Odwołujący podkreślił, że posiadają one wartość handlową i gospodarczą. Zastrzeżone w ramach Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r. informacje są wynikiem wielu lat doświadczenia zdobytego przez jednego z członków konsorcjum Odwołującego - UTI POLAND Sp. z o.o. i jako takie stanowią niewątpliwie wartość gospodarczą, ponieważ mają one bezpośredni wpływ na sposób realizacji przyszłej umowy z Zamawiającym. Doświadczenie, o którym mowa, jest unikatowe na skalę kraju, ponieważ żaden inny podmiot publiczny poza Zamawiającym nie udziela zamówień o tożsamym przedmiocie w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na tak dużą skalę. W tym sensie doświadczenie nabyte przez UTI POLAND Sp. z o.o. przy realizacj dotychczasowych umów (umowy IU/303/IV-56/ZO/PO/U/SŁ/K/2012 oraz umowy o nr 1U/163/IV 54/ZO/WROiB/USt/Z/2017 posiada wymierną wartość gospodarczą. Znajomość specyfiki realizacji tego typu umów daje Odwołującemu przewagę nad podmiotami konkurencyjnymi (w tym np. nad Wykonawcą FIGHTS ON), które nie posiadają jeszcze doświadczenia w realizacji podobnych umów. W związku z faktem, że sposób kalkulacji stawek na potrzeby realizacji umowy dla Zamawiającego stanowi efekt wieloletnich doświadczeń konsorcjanta Odwołującego, należy zakładać, że inne podmioty biorące udział w postępowaniu (ale też pozostające poza nim) mogą być żywotnie zainteresowane uzyskaniem informacji w przedmiocie sposobu kalkulacji stawek (przyjętych założeń, metod oceny ryzyka), który w tym przypadku ma wymierną i oczywistą wartość handlową. W związku z powyższym zastrzeżenie informacji w zakresie ustalenia poszczególnych stawek zaoferowanych w postępowaniu pozwala Odwołującemu na ochronę jego interesów, uniemożliwiając jednocześnie ich wykorzystanie konkurentom na potrzeby prowadzonej przez

nich działalności gospodarczej. W interesie Odwołującego nie leży (ani nie leżało), aby doświadczenie zbudowane w wyniku realizacji umów dla o identycznym przedmiocie było obecnie przekazane jego konkurentom. Doświadczenie to było nabywane przez konsorcjanta Odwołującego przez długie lata i wielokrotnie wiązało się to z poniesieniem przez niego określonych kosztów. Wyjaśnienia Odwołującego zawierają bardzo konkretne informacje obrazujące powyższe, tj.: założenia przyjęte przez Odwołującego oparte na wieloletnim doświadczeniu jednego z konsorcjantów Odwołującego (UTI POLAND Sp. z o.o.) w realizacji umów dla Zamawiającego (punkt 2.2-2.6. 2.8-2.10.2.11-2.13.2.15-2.25 Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r.), wyliczenia dotyczące stawek za konkretne elementy usługi wchodzące w zakres zamówienia, uwzględniające ceny zaoferowane Odwołującemu lub jego konsorcjantom przez podmiot trzeci (punkt 2.5 Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r.), konkretne założenia w zakresie optymalizacji kosztów świadczonej usługi oparte na kalkulacji ewentualnych ryzyk (punkt 2.2,2.7.2.13. 2.21.2.24 Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r.), wcześniejsze zastrzeżenie co do poufności przekazywanych danych w toku negocjacji prowadzonych pomiędzy jednym z konsorcjantów Przystępującego (UTI POLAND Sp. z o.o.) a Zamawiającym (punkt 2.10 Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r.). W świetle powyższego Wyjaśnienia z 10 lipca 2018 r. obrazują bardzo konkretne działania przyjęte przy wycenie oferty Odwołującego mające na celu obniżenie zaoferowanych stawek za świadczenie usług celno-spedycyjnych. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurowania na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, z pewnością wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności, informacje te wręcz stanowią gotowy materiał do maksymalnego zoptymalizowania sposobu realizacji umowy z Zamawiającym. Przykładowo, w Wyjaśnieniach z 10 lipca 2018 r. można znaleźć nie ogólnikowe informacje (np. fakt współpracy z podwykonawcami}, lecz bardzo konkretne dane (np. wskazanie konkretnych podwykonawców). Powyższe najlepiej obrazuje stwierdzenie zawarte w piśmie Zamawiającego z 26 października 2018 r., gdzie Zamawiający wykazuje, że „każdy z takich podmiotów, zdaniem Zamawiającego, współpracuje z podwykonawcami i korzysta z oprogramowania użytkowego automatycznie generującego dokumenty elektroniczne". O ile bowiem prawdą jest, że każdy z wykonawców współpracuje z podwykonawcami i pewnie każdy korzysta z jakiegoś oprogramowania, to różnica w tym przypadku polega na tym, że Odwołujący przedstawił bardzo konkretną informację w tym zakresie wskazując na ściśle określone desygnaty tych pojęć (zarówno na konkretnych podwykonawców jak i na konkretne oprogramowania umożliwiające Odwołującemu realizację zamówienia dla Zamawiającego w przyjęty w wycenie sposób). Ponadto Odwołujący podkreślił, że informacje zawarte w Wyjaśnieniach Odwołującego z 10 lipca 2018 r. nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej. Informacje te dostępne są jedynie wąskiej grupie osób wprost wskazanych w Wyjaśnieniach z 10 lipca 2018 r. (punkt 3.11-3.13 tych wyjaśnień), w szczególności w Załączniku nr 7 do Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r. Odwołujący przytoczył fragment z pisma Zamawiającego z 26 października 2018 r., w którym wskazuje on, że właśnie informacje dotyczące doświadczeń UTI przedstawione w pkt. 2.11-2.12 (...), dotyczące ilości zlecanych przez Zamawiającego dotychczas rewizji celnych, nie stanowią własności Wykonawcy i mogą być udostępniane przez Zamawiającego na żądanie jakiegokolwiek podmiotu. Przytoczone powyżej stwierdzenie oparte jest na błędnym założeniu, jakoby tego typu informacje podlegały udostępnieniu dowolnemu podmiotowi na jego żądanie. Tymczasem informacje te (w tym konkretnym przypadku liczba rewizji celnych) nie stanowią informacji publicznie dostępnych. Są to tzw. informacje przetworzone, które nie mogą być ujawniane jakiemukolwiek zainteresowanemu podmiotowi. W celu wyjaśnienia powyższego Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jednolity: Dz. U. z 2018 r., poz. 1330 z późn. zm.) („UDIP") każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu tej ustawy i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie tam określonych. W art. 6 UDIP zostaje wymieniony przykładowy katalog informacji, które stanowią informację publiczną w rozumieniu UDIP. Jednocześnie jednak, w art. 3 ust. 1 pkt 1 UDIP, wprowadzono ograniczenie prawa dostępu do informacji publicznej w zakresie w jakim informacja ta stanowi informację przetworzoną, stanowiąc, że dostęp do uzyskania informacji przetworzonej jest możliwy jedynie jeżeli jest to szczególnie istotne dla interesu publicznego. Wobec braku definicji legalnej pojęcia „informacji przetworzonej", w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się podział na informację prostą oraz informację przetworzoną, z czego informacja prosta to taka informacja której zasadnicza treść nie ulega zmianie przed jej udostępnieniem. Informacja przetworzona jest natomiast jakościowo nową informacją, nieistniejącą dotychczas w przyjętej ostatecznie treści i postaci, nawet jeżeli jej źródłem są materiały znajdujące się w posiadaniu zobowiązanego, bądź też informacją powstałą w wyniku zebrania lub zsumowania pojedynczych wiadomości, znajdujących się w posiadaniu zobowiązanego. Zatem zbiór informacji prostych, jeżeli powstał w wyniku przeprowadzania działań wymagających odpowiednich nakładów sił i środków zobowiązanego, będzie stanowił informację przetworzoną. Powołał się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 marca 2015 r. (sygn. akt I OSK 863/14) i wskazał, że czym innym będzie suma informacji prostych, podlegających wyodrębnieniu w sposób dostosowany do wnioskodawcy, a czym innym nowa informacja, tj. taka, która w momencie złożenia wniosku jeszcze nie istniała i powstała wyłącznie z inicjatywy wnioskodawcy (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 10 maja 2018 r., sygn. akt IV SA/Po 224/18). Odwołujący zaznaczył, że przetworzone (przez Odwołującego) informacje nie zostały udostępnione na stronie internetowej któregokolwiek

z konsorcjantów Odwołującego, nie można ich także znaleźć w jakichkolwiek materiałach dostępnych nieograniczonemu kręgowi osób ani pozyskać w drodze dostępu do informacji publicznej. Odwołujący począwszy od 10 lipca 2018 r. czyni wszelkie możliwe starania, aby nie poszerzać kręgu osób posiadających dostęp do omawianych informacji. Temu celowi służyło m. in. przygotowanie zanonimizowanej wersji Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r. oraz zanonimizowanej wersji odwołania, które Odwołujący złożył do Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO 1721/18 (umorzonej w dniu 2 października 2018 r. na mocy postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej). W stosunku do informacji zawartych w treści Wyjaśnień z 10 lipca 2018 r. podjęte zostały także przez Odwołującego bardzo konkretne działania mające na celu ochronę tych informacji, co zostało także wykazane za pomocą załączonych do tych wyjaśnień dowodów. W tym kontekście warto zwrócić uwagę, w szczególności na: wynikające ze specyfiki postępowania ograniczenie dostępu do zastrzeżonych informacji przewidujące bardzo konkretny zakres osób upoważnionych do ich wglądu (punkt 3.16 Wyjaśnień Odwołującego z 10 lipca 2018 r.), konkretne działania prawne (a także załączone dowody nr 7-11) mające na celu zabezpieczenie poufności tych informacji (punkt 3.17-3.20 Wyjaśnień Odwołującego z 10 lipca 2018 r., zabezpieczenia informatyczne gwarantujące poufność przekazywanych informacji (punkt 3.21 Wyjaśnień Odwołującego z 10 lipca 2018 r.

Odwołujący wskazał także, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym mamy do czynienia w zasadzie z całym zbiorem informacji posiadających wymierną wartość gospodarczą, które poprzez ich nagromadzenie w jednym dokumencie mogą jak najbardziej stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Do podobnego wniosku doszła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 października 2015 r., sygn. KIO 2050/15. Analogiczne stanowisko zajął również Sąd Najwyższy w wyroku z 28 lutego 2007 r. (sygn. akt V CSK 444/06). Powyższe rozumienie znajduje także uzasadnienie w znowelizowanych przepisach UZNK , zgodnie z którymi 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.

Na posiedzeniu w dniu 21 listopada 2018 r. Odwołujący oświadczył, że w związku z czynnością Zamawiającego z dnia 19 listopada 2018 r. wycofuje zarzut 2 odwołania dotyczący zaniechania wezwania Wykonawcy FIGHTS ON do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, dlatego też Izba nie przedstawia uzasadnienia tego zarzutu odwołania.

W dniu 21 listopada 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Fights On Logistic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Na rozprawie jak również w złożonym piśmie procesowym przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska, wniósł o oddalenie odwołania i przeprowadzenie rozprawy w sposób w pełni jawny.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę Fights On Logistic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę Fights On Logistic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku Odwołującego o wyłączenie jawności rozprawy. Zaznaczyć należy, że *Izba na wniosek strony lub z urzędu wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inna niż informacja niejawna w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. Rozprawa odbywa się wówczas wyłącznie z udziałem stron lub ich pełnomocników.* (art. 189 ust. 6 ustawy pzp). W niniejszej sprawie Izba nie znalazła podstaw do wyłączenia jawności rozprawy. Przedmiotem odwołania była ocena czynności Zamawiającego, a mianowicie brak uznania

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 10 lipca 2018 r. Odwołujący złożył wraz z wyjaśnieniami uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, którego uzupełnienie na etapie postępowania odwoławczego należałoby uznać za spóźnione. Izba bierze bowiem pod uwagę stan rzeczy i okoliczności faktyczne w jakich Zamawiający podejmował czynności w postępowaniu. Wyłączenie jawności rozprawy ze względu na zamiar przedstawienia przez Odwołującego nowych okoliczności uzasadniających dokonane zastrzeżenie należało uznać za nieuzasadnione. Dlatego też, w ocenie Izby Strony mogły przedstawić swoją argumentację w sposób nieujawniający informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zauważenia wymaga, że wyłączenie jawności rozprawy jest instytucją wyjątkową i dotyczy sytuacji, gdy nie jest możliwe merytoryczne rozpoznanie sprawy, z uwagi na zagrożenie ujawnienia tajemnicy chronionej. Rozprawa odbywa się wówczas wyłącznie z udziałem stron, a zatem Przystępujący w przedmiotowej sprawie niezasadnie zostałby pozbawiony możliwości czynnego udziału w rozprawie i przedstawienia swojego stanowiska względem twierdzeń strony przeciwnej.
Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami oraz pismo procesowe Przystępującego wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odnosząc się do zarzutu 2 odwołania wskazać należy, że w związku z wycofaniem przez Odwołującego na posiedzeniu przedmiotowego zarzutu Izba była zobowiązana w tym zakresie postępowanie odwoławcze umorzyć. Niewątpliwie rozstrzyganie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Ponadto wskazania wymaga, że zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy pzp *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze.* Jeśli zatem wykonawca jest uprawniony cofnąć wniesione odwołanie, to tym bardziej może wycofać część zarzutów. W przypadku wycofania zarzutów – zarówno na posiedzeniu jak i na rozprawie – Izba jest zobligowana postępowanie odwoławcze umorzyć. Logicznym jest, że Ustawodawca tym samym zobowiązuje Izbę również do umorzenia postępowania odwoławczego, w przypadku wycofania części zarzutów wniesionego odwołania. Ustawodawca dopuszcza więc sytuacje, w których może dojść do wydania postanowienia umarzającego postępowanie odwoławcze w części zarzutów wycofanych przez wykonawcę w toku postępowania. Orzeczenie o umorzeniu postępowania odwoławczego w odniesieniu do części zarzutów odwołania powinno znaleźć więc swoje odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, jako postanowienie o charakterze formalnym, podobnie jak postanowienie co do kosztów postępowania odwoławczego, bowiem *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie* (art. 192 ust. 1 ustawy pzp).

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W informacji z otwarcia ofert z dnia 29 czerwca 2018 r. Zamawiający podał m.in. informacje dotyczące cen (stawek za poszczególne usługi) zaoferowanych przez Wykonawców w postępowaniu.

Dnia 10 lipca 2018 r. Odwołujący złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2018 r. wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, których treść częściowo zastrzegł jako zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem tego zastrzeżenia.

Dnia 26 października 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o braku uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał, że zdecydował o nieujawnianiu nazwy stosowanego przez Wykonawcę oprogramowania, o którym mowa w pkt 2.2.-2.3. i załączniku nr 1 do wyjaśnień oraz zanonimizowaniu danych podwykonawcy i ukryciu kosztów usług, o których mowa w pkt 2.4.-2.6. i załączniku nr 2 do odpowiedzi Wykonawcy. Zamawiający zaznaczył, że odtajnienie pozostałej części wyjaśnień Odwołującego z dnia 10 lipca 2018 r. będzie możliwe po upływie terminu na wniesienie środka ochrony prawnej. Pismo zostało przekazane wyłącznie Odwołującemu.

Na rozprawie w dniu 21 listopada 2018 r. Odwołujący doprecyzował żądania odwołania i wskazał, że spór pozostaje co do pkt 2.1, pkt 2.7 do 2.25, pkt 3.11 do 3.22 wyjaśnień. Odwołujący wniósł ponadto o uznanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - wszystkich załączników za wyjątkiem załącznika nr 6 i 13.

W myśl art. 8 ust. 1 ustawy pzp: *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 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.[…]* - art. 8 ust. 3 ustawy pzp.

Wskazać należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, mającą zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. W odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK zasada ta doznaje ograniczenia, pod warunkiem, że 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 natomiast zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) oraz adresów wykonawców, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji oraz warunków płatności zawartych w ofertach. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2017 r., sygn. KIO 686/17: *w odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu*. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności*. Co istotne, aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 4 UZNK (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą zostać spełnione łącznie. *Zauważyć należy, że informację można uznać za chronioną na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tylko wówczas, jeśli jest ona poufna. Pozostałe przesłanki w postaci braku ujawnienia informacji i podjęcia działań zabezpieczających są jedynie konsekwencją przesłanki poufności. Zgodnie z UZNK z poufnością informacji mamy do czynienia wówczas, gdy informacja ta nie jest ujawniona do wiadomości publicznej, a więc nie przynależy do domeny publicznej. I odwrotnie: od strony pozytywnej można powiedzieć, że informacja nie jest poufna, gdy jest ujawniona do wiadomości publicznej, tj. przynależy do domeny publicznej. Na uwagę zasługuje natomiast fakt, że "ujawnienie do wiadomości publicznej" jest interpretowane szeroko. Z ujawnieniem informacji będziemy mieli do czynienia nie tylko wtedy, gdy informacja jest znana niemal przez każdego obywatela, ale także wtedy, gdy taka informacja nie jest znana, ale jest łatwo dostępna dla każdego (np. gdy została opublikowana na stronie WWW lub w ogólnodostępnej prasie) lub co najmniej dla osób stykających się z danym rodzajem informacji, a więc głównie specjalistów w danej dziedzinie.* (Sieradzka Małgorzata (red.), Zdyb Marian (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II). Informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to zatem informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od naczelnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazania wymaga, że transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Tym samym powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, a mianowicie konieczności ujawnienia części informacji dotyczących prowadzonej przez nich 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* (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18).

Jak wynika z treści art. 8 ust. 3 ustawy pzp to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zwrócić uwagę na nałożony przez Ustawodawcę obowiązek *wykazania*, który oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za *wykazanie* nie może zostać uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 4 UZNK oraz do przywołania treści art. 8 ust. 3 ustawy pzp.

Zaznaczenia wymaga, że przedmiotem oceny Izby są czynności zamawiającego w postępowaniu, w tym przypadku czynność braku uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 26 października 2018 r.

Mając na uwadze powyższe rozważania Izba uznała, że działanie Zamawiającego nie naruszyło przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu przepisów ustawy pzp.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Izba poddała ocenie uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień wraz z załącznikami jako tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Odwołującego w pkt 3 wyjaśnień z dnia 10 lipca 2018 r. w zakresie objętym zarzutem odwołania oraz wskazanym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 26 października 2018 r. Jak zostało bowiem wspomniane, aby uznać za skuteczne zastrzeżenie dokonane przez wykonawcę musi on wykazać wszystkie łącznie przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy pzp. W ocenie Izby Odwołujący wystąpienia wszystkich powyższych przesłanek nie wykazał, co czyni dokonane zastrzeżenie nieskutecznym. Podkreślić również należy, że przesłanki nie zostały wykazane w dacie złożenia wyjaśnień, a nowych okoliczności stanowiących uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartych w treści odwołania i przedstawionych na rozprawie Izba nie brała pod uwagę, uznając je za spóźnione. Wykonawca jest bowiem zobowiązany wykazać wszystkie przesłanki najpóźniej wraz z pismem zawierającym informacje chronione, a uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlega uzupełnieniu.

W złożonym przez Odwołującego uzasadnieniu z dnia 10 lipca 2018 r. przytoczone zostało szerokie orzecznictwo oraz poglądy doktryny dotyczące w znacznej większości zastrzegania informacji obejmującej kalkulację ceny, a ta w niniejszym postępowaniu jest znana - poszczególne stawki za usługi zaoferowane przez Wykonawców zostały podane przez Zamawiającego w informacji z otwarcia ofert. Zamawiający zdecydował ponadto o nieujawnianiu stawek wskazanych w pkt 2.4. - 2.6. wyjaśnień (a nie podanych w ofercie). Co istotne, Odwołujący nie wykazał w ocenie Izby, że informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać Zamawiającemu m.in., że dane informacje (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiadają określoną wartość gospodarczą. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18:*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 wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytny 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.* Odwołujący wskazał jedynie ogólnie, że poznanie założeń co do zaoferowanych cen pozwoli Przystępującemu i innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Po pierwsze, jak podniósł Zamawiający, założenia co do realizacji zamówienia zostały przede wszystkim opisane w SIWZ, a zatem są znane pozostałym Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Po drugie, oferty w niniejszym postępowaniu zostały już złożone i zaoferowane stawki w zakresie kryterium oceny ofert zostały ujawnione, a Odwołujący wskazał w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że strategia cenowa została poczyniona na potrzeby tego konkretnego postępowania. Nawet jeśli, jak podniósł Odwołujący, Zamawiający przedmiotowe postępowanie unieważni, w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazano w jaki sposób ujawnione założenia mogłyby przyczynić się do przewagi konkurencyjnej innych wykonawców, zakładając że Zamawiający ogłosiłby ponowne postępowanie o tożsamych wymaganiach SIWZ. Po trzecie, Odwołujący nie udowodnił i nie wyjaśnił w uzasadnieniu jakie istotne novum w zakresie założeń opartych na doświadczeniu jednego z Konsorcjantów, co do kalkulacji stawek zastosował, które jako niedostępne innym wykonawcom, zasługiwałoby na ochronę. Ponadto, Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił żadnej metodologii obliczenia ceny, a jedynie założenia co do sposobu realizacji przyszłej umowy, która jako zawarta w wyniku udzielenia zamówienia publicznego będzie jawna.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia nie dawały również podstaw do przyjęcia, iż Odwołujący wykazał spełnienie przesłanki braku ujawnienia zastrzeżonych informacji do wiadomości publicznej. Odwołujący w uzasadnieniu odniósł się wyłącznie do podjętych działań w zakresie nieujawniania informacji dotyczących zaoferowanych stawek w postępowaniu, które jak sam wskazał, nie były znane do terminu otwarcia ofert. Na obecnym etapie postępowania Konkurenci poznali ceny zaproponowane przez Odwołującego, a zatem przesłanka dotycząca braku ujawnienia zastrzeżonych informacji (założeń co do sposobu kalkulacji ceny) do wiadomości publicznej nie została przez Odwołującego wykazana. Zauważenia również wymaga, że Odwołujący pozostaje niekonsekwentny i wobec przedstawienia przez Zamawiającego Cennika agenta handlingowego lotniska LS, do którego bez trudu uzyskał dostęp, a który jest identyczny z dołączonym przez Odwołującego do wyjaśnień, Odwołujący nie podtrzymywał żądania zachowania tego dokumentu w tajemnicy.

Powyższe świadczy o tym, że Odwołujący zastrzegając informacje jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, jak słusznie wskazał Przystępujący, nie zbadał ich pod względem spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 UZNK. Ponadto, Izba nie wzięła pod uwagę dowodów przedstawionych przez Przystępującego w tym zakresie, jako nieadekwatnych do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący w uzasadnieniu odniósł się natomiast do przesłanki podjęcia działań zmierzających do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Niemniej jednak, jak już zostało wskazane, aby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa można było uznać za skuteczne Wykonawca winien był wykazać łącznie wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 4 UZNK.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że Zamawiający nie wskazał w piśmie z dnia 26 października 2018 r., których przesłanek z art. 11 ust. 4 UZNK Wykonawca nie wykazał zaznaczyć należy, że Zamawiający nie był zobowiązany uzasadniać swojego stanowiska. Przepisy ustawy pzp nie zobowiązują Zamawiającego do powyższego. Zamawiający był więc uprawniony jedynie poinformować Odwołującego, które informacje zamierza ujawnić uznając niezasadność dokonanego zastrzeżenia.

W świetle brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy pzp, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że informacje zawarte w wyjaśnieniach dnia 10 lipca 2018 r. wraz z załącznikami, które Zamawiający zamierza ujawnić stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tym samym Zamawiający nie naruszył przywołanych przez Odwołującego przepisów ustawy pzp.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:……
Członkowie: ……
……