Sygn. akt KIO 2314/18

WYROK
z dnia 23 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Grabarczyk
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euvic Sp. z o. o. w Gliwicach, Blue Brain Sp. z o.o. Sp. k. w Krakowie, eo Networks S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie
przy udziale wykonawcy WASKO S.A. w Gliwicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euvic Sp. z o. o. w Gliwicach, Blue Brain Sp. z o.o. Sp. k., eo Networks S.A. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euvic Sp. z o. o. w Gliwicach, Blue Brain Sp. z o.o. Sp. k., eo Networks S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) 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:……

Sygn. akt KIO 2314/18

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie –prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług wdrożenia systemu monitorowania i zarządzania wydrukami oraz outsourcingu wielofunkcyjnych urządzeń drukujących przeznaczonych dla jednostek i komórek organizacyjnych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym UE 21 lipca 2018 r. pod numerem 2018/S 139-318754.
Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o uznaniu za nieskuteczne zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dalej również jako: „odtajnienie" przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euvic Sp. z o. o. w Gliwicach, Blue Brain Sp. z o.o. Sp. k. w Krakowie, eo Networks S.A. w Warszawie wykonawcy ci wnieśli odwołanie 9 listopada 2018 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
- art. 8 ust. 1 w związku z ust. 3 Pzp oraz w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez bezzasadne uznanie, że informacje zawarte na stronach 50-72 oferty odwołującego nie stanowią informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa oraz podjęcie w związku z tym decyzji o ich odtajnieniu;
- art. 8 ust. 1 w związku z ust. 3 Pzp oraz w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez uznanie, że złożone wraz z ofertą odwołującego wyjaśnienia w zakresie objęcia informacji zawartych na stronach 50-72 oferty odwołującego oraz sama treść oferty odwołującego nie potwierdza, że wskazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a także, iż odwołujący nie wykazał, że informacje zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- art. 8 ust. 1 w związku z ust. 3 Pzp oraz w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez uznanie, że wyjaśnienie dokonania zastrzeżenia wyjaśnień składanych przez odwołującego w ramach procedury badania rażąco niskiej ceny nie potwierdza spełniania przesłanek pozwalających na traktowanie wskazanych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i w konsekwencji odtajnienie wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny z wyjątkiem cen specjalnych zaoferowanych przez dostawców oraz częściowo danych ich identyfikujących;
- art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez odtajnienie informacji skutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa bez przedstawienia szczegółowego uzasadnienia dla uznania, iż złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie potwierdzają, że zastrzeżone informacje mają charakter informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności odtajnienia informacji zawartych na str. 50-72 oferty odwołującego, a także wyjaśnień złożonych w toku procedury badania kalkulacji ceny oferty odwołującego oraz dalsze prowadzenie postępowania bez udostępniania tych informacji osobom trzecim, w szczególności innym wykonawcom.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł w pierwszej kolejności Odwołujący, że uzasadnienie informacji o odtajnieniu nie zawiera żadnych konkretnych powodów uznania informacji za nieprawidłowo lub bezzasadnie zastrzeżone, czy też za niebędące tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie wykazuje w sposób konkretny, powodów, dla których zamawiający uznał, że nie zaistniały w stosunku do informacji zastrzeżonych przez odwołującego w ofercie i wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny przesłanki do traktowania ich jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że w terminie wynikającym z przepisów Pzp złożył wyjaśnienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa i w ten sposób spełnił warunek zastrzeżenia informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa na gruncie przepisów Pzp, co do wymaganego terminu i formy. Wywiódł, że tym samym również uznać należy, że w odniesieniu do postanowień art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419), dalej jako „uznk", odwołujący, jako uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi, podjął działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odwołujący podkreślił, że uprawnienie do korzystania z zastrzeżenia informacji w zakresie udostępnionego potencjału wynika z treści zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówienia.

Podniósł, że jest również uprawniony do korzystania i rozporządzania informacjami wytworzonymi przez siebie na

potrzeby niniejszego postępowania, a ujętymi w wykazie funkcjonalności, parametrów i wyposażenia urządzeń wielofunkcyjnych, a także informacjami dotyczącymi sposobu dokonania kalkulacji ceny oferty. Odwołujący podkreślił, że informacje składające się na potwierdzenie warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia nie dotyczą wprost jego przedsiębiorstwa i nie jest on ich właścicielem (nie należą one do niego, są mu wyłącznie udostępnione z odpowiednim zastrzeżeniem), co oznacza, że nie ma on żadnych ustawowych podstaw prawnych do kwestionowania dokonanego przez podmiot udostępniający zastrzeżenia czy też do zmiany kwalifikacji informacji. Wywodził, że o ile zamawiający stosując przepisy Pzp, w szczególności zaś art. 8 Pzp mógłby w toku badania ofert, uznać, że jakaś informacja nie ma cech informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa i uznać ją za informację jawną dla ogółu (odtajnić i rozpowszechnić), o tyle odwołujący jako przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą jest zobowiązany przepisami jedynie do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, a każde naruszenie w tym zakresie będzie ocenione cywilistycznie i karnie. Odwołujący podniósł, że nie ma obowiązku badania, z jakich przyczyn jego kontrahent chroni daną informację, natomiast sprzeciwienie się jego woli ochrony informacji z zasady narazi odwołującego na bardzo wymierną odpowiedzialność.
Zwrócił również uwagę, że referencyjne doświadczenie zawodowe odnosi się do zamówień zrealizowanych na rzecz podmiotów niepublicznych, do których nie ma zastosowania ustawa o dostępie do informacji niejawnej, a zakres udostępnianych wraz z tą informacją danych jest szerszy niż wymagany przez zamawiającego w SIWZ. Jest to informacja posiadająca wartość gospodarczą zarówno dla samego podmiotu udostępniającego potencjał, gdyż dotyczy jego relacji biznesowych, oceny potencjału do realizacji określonych zobowiązań dla podmiotów korzystających z jego usług (przez określenie skali zamówienia).
Odnosząc się do uznania za nieskuteczne wykazu funkcjonalności, parametrów i wyposażenia urządzeń wielofunkcyjnych oraz wykazu funkcjonalności systemu, podkreślił, że wskazał w wyjaśnieniu dokonanego zastrzeżenia na opracowanie informacji zawartych w wykazach wyłącznie na rzecz postępowania. Wywiódł, że zgodnie z obowiązującą definicją tajemnicy przedsiębiorstwa przyjmuje się, że informacją stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa jest również informacja szerzej dostępna, która jest jednocześnie częścią unikatowego zbioru, stanowiącego całość know-how jednego uprawnionego - tego, który taki wzór stworzył i jest jego właścicielem.
Nawiązując do zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w tym dowodów i dokumentów, odwołujący wskazał, że informacje te nie były do tej pory ujawniane do publicznej wiadomości, w szczególności zaś, że nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, ani też nie są łatwo dostępne dla takich osób. Informacje te powstały dla potrzeb tego postępowania w oparciu o wiedzę i doświadczenie trzech podmiotów tworzących konsorcjum oraz ich wypracowane metody działania, w tym dokonywania wyceny prac, a także z uwzględnieniem ich relacji biznesowych. Niezależnie odwołujący wykazał również, że przedstawione przez niego dowody, w szczególności oferty jego partnerów i dostawców są przez nich samych zastrzeżone jako poufne, co jak w przypadku opisanym powyżej dotyczącym zarzutu odtajnienia informacji o podmiocie udostępniającym potencjał, zobowiązuje odwołującego, ale także zamawiającego jako podmiotu uprawnionego do zapoznania się z tymi informacjami do uznania, iż nie mogą być one powszechnie dostępne. Część dostawców i partnerów zastrzegła w treści dokumentów, że ujawnienie zawartych w nich informacji może nastąpić jedynie za uprzednią pisemną zgodą tego podmiotu. Wskazali oni również, że warunki wskazane w ich ofertach są przygotowane dla tego konkretnego postępowania i dla tych konkretnych wykonawców tworzących konsorcjum odwołującego. Zamawiający ujawniając te dokumenty w całości czy nawet tylko część informacji w nich zawartych naruszy uprawnienia innych podmiotów niż wykonawcy uczestniczący w postępowaniu do zastrzegania ich tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca WASKO S.A. w Gliwicach przystąpił dopostępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołania wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Odwołujący ograniczył zarzut uznania za nieskuteczne zastrzeżenia wykazu funkcjonalności, parametrów i wyposażenia urządzeń wielofunkcyjnych oraz wykazu funkcjonalności systemu do zastrzeżenia nazw urządzeń oraz systemu.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale XVII pkt 12 SIWZ zamawiający wskazał, wymagał, by podstawa zastrzeżenia informacji odpowiadała na następujące pytania:
1) Czy zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej;
2) Jakie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne które wykonawca uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa zawarte są w zastrzeżonych informacjach;
3) Czy i ewentualnie jaką wartość gospodarczą posiadają powyższe informacje;
4) Jakie niezbędne działania zostały przez wykonawcę podjęte w celu zachowania poufności danych objętych tymi informacjami.

Odwołujący złożył ofertę, w której jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł informacje zawarte na stronach 50 do 72.

W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia odwołujący powołał się na doświadczenie udostępniane mu przez podmiot trzeci. W treści zobowiązania tego podmiotu znajduje się wpisana przez podmiot udostępniający zasoby klauzula w postaci zobowiązania do traktowania jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści zobowiązania. Klauzulą objęte zostały również informacje i dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego swe zasoby. Jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa odwołujący zastrzegł również wykaz funkcjonalności, parametrów i wyposażenia urządzeń wielofunkcyjnych oraz wykaz funkcjonalności systemu.

Uzasadnienie zastrzeżenia określonych informacji zawartych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa zamieszczone zostało na stronach 48-49 oferty.

Odwołujący wskazał w nim, że wykaz funkcjonalności, parametrów i wyposażenia urządzeń wielofunkcyjnych oraz wykaz funkcjonalności systemu/ów, to opracowania, które zawierają informacje posiadające wartość gospodarczą, zostały przygotowane specjalnie do tego postępowania (zgodnie z wymogami zamawiającego). Wykaz funkcjonalności, parametrów i wyposażenia urządzeń wielofunkcyjnych oraz wykaz funkcjonalności systemu/ów, nie były wykorzystywane

u innego klienta w takiej formie i stanowi know-how wykonawcy, a ich ujawnienie może zagrażać pozycji konkurencyjnej na rynku. Odwołujący wyjaśnił, że informacje i dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby - zawierają cześć informacji, która będzie utajniania w przypadku wezwania do przedstawienia zamawiającemu „Wykazu usług" wraz z dowodami, że usługi zostały wykonane lub są wykonane należycie, informacje te stanowią również know-how wykonawcy, a ich ujawnienie może zagrażać pozycji konkurencyjnej na rynku. Oświadczył również, że podmiot udostępniający zasoby nałożył na nas obowiązek utajnienia wszystkich informacji i dokumentów, które go dotyczą.

Odwołujący oświadczył, że tym samym wykazał, że zastrzeżony przez nas fragment oferty:

1. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją posiadającą wartość gospodarczą,

2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

23 października 2018 r. odwołujący na wezwanie zamawiającego z 17 października 2018 r. złożył wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, wraz z dowodami. Wyjaśnienia te jako całość zostały zastrzeżone przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

30 października 2018 roku odwołujący otrzymał od zamawiającego informację o odtajnieniu informacji zawartych w treści oferty na stronach 50-72, tj:

- formularza „Oferta", w zakresie w jakim dotyczy on podmiotów trzecich na zasobach, których polega Odwołujący, oraz oświadczeń i dokumentów dotyczących tego podmiotu;
- wykazu funkcjonalności, parametrów i wyposażenia urządzeń wielofunkcyjnych.

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu swej czynności, że podstawą podjęcia decyzji o odtajnieniu wyżej wskazanych informacji jest, w jego ocenie, nie potwierdzenie w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa złożonej przez odwołującego, przesłanek pozwalających na traktowanie wskazanych w zastrzeżonej części oferty, jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, tj. art. 11 ust. 2 uznk.

Zamawiający oświadczył, że w jego ocenie uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ceny, kosztu istotnych części składowych oferty odwołującego, z wyłączeniem cen specjalnych zaoferowanych przez dostawców oraz danych identyfikujących jednego z nich, nie potwierdzają spełnienia przesłanek pozwalających na traktowanie wskazanych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Przystępujący kwestionował spełnienie przesłanek wymaganych w art. 179 ust. 1 Pzp odnosząc się do poglądu zaprezentowanego przez odwołującego, zgodnie z którym udostępnienie informacji w postępowaniu może narazić odwołującego na działania konkurencji zmierzające do pozbawienia go możliwości uzyskania zamówienia.

Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Przystępujący pominął wskazanie przez odwołującego możliwości doznania uszczerbku w związku z roszczeniami podmiotów udostępniających potencjał w związku z naruszeniem zobowiązania do zachowania poufności informacji chronionych tych podmiotów. Przesądzające znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii spełnienia przesłanek wymaganych przez art. 179 ust. 1 Pzp (materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania) ma jednak konstatacja, że dopuszczalność wnoszenia środków ochrony prawnej wobec zastrzeżenia przez wykonawców informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest dobrze ugruntowana w orzecznictwie. Skoro zatem wykonawca jest uprawniony, aby domagać się udostępnienia mu informacji, które jego zdaniem, zostały niezgodnie z prawem zastrzeżone przez konkurenta w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to paralelnie należy przyznać prawo do obrony nieprzyjętego przez zamawiającego zastrzeżenia przez wykonawcę, który zastrzeżenia dokonał. Obie sytuacje procesowe dotyczą tej samej czynności zamawiającego, są jak awers i rewers tej samej monety. Izba w tym składzie orzekającym wyraża pogląd, że tak jak można domagać się wykluczenia konkurenta lub odrzucenia jego oferty oraz wnosić odwołanie wobec własnego wykluczenia lub odrzucenia własnej oferty, analogicznie można domagać się udostępnienia informacji zastrzeżonych przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz wnosić odwołanie w sytuacji, gdy zamawiający uznał zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy za nieskuteczne.

Izba rozpoznała odwołanie co do istoty i uznała je za niezasadne.

W czasie rozprawy została wyeksponowana kwestia braku dostatecznego uzasadnienia przez zamawiającego oceny, że informacje zastrzeżone przez odwołującego nie stanowią tajemnicy jego przedsiębiorstwa. Izba stwierdziła, że zarzut taki nie był w istocie wskazany w odwołaniu, a jedynie argumentacyjnie wzmacniał stanowisko odwołującego, że ewentualne udostępnienie zastrzeżonych informacji jest wadliwe. Odwołujący nie żądał przekazania mu szerszego (prawidłowego) uzasadnienia, lecz żądał nakazania przez Izbę unieważnienia czynności uznania zastrzeżeń za bezskuteczne. Izba stwierdziła zatem, że wskazywane niedostatki argumentacji zamawiającego, nie przeszkodziły odwołującemu wdać się w spór, który dotyczył merytorycznej słuszności uznania zastrzeżenia informacji za bezskuteczne, zatem pozostają bez znaczenia dla oceny zarzutów odwołania.

Art. 8 ust. 3 Pzp głosi w zdaniu pierwszym, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozpatrywać w dwóch aspektach: materialnym, czyli dane informacje muszą spełniać łącznie przesłanki art. 11 ust. 2 uznk oraz formalnym, czyli wykonawca musi dokonać zastrzeżenia i wykazać zamawiającemu przesłanki art. 11 ust. 2 uznk. Ustawodawca w celu realizacji zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp w szczególności zasady przejrzystości położył nacisk na aspekt formalny zastrzeżenia, po pierwsze uznając, że sam fakt, że dane informacje *in merito* stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest niewystarczający, po drugie, nakładając ciężar wykazania przesłanek zastrzeżenia na wykonawcę.

Podkreślić też należy, że zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Wyjątki nie podlegają wykładni rozszerzającej, co wzmacnia nałożony na wykonawców obowiązek wykazania trafności zastrzeżenia informacji.

Izba oceniła uzasadnienie złożone przez odwołującego wraz z ofertą oraz wraz z wyjaśnieniami elementów oferty mogących mieć wpływa na jej cenę z 23 października 2018 r. i uznała je za niewystarczające.

Odnosząc się do zobowiązania podmiotu trzeciego oraz związanych z nim oświadczeń i dokumentów stwierdzić

należy, że wymagania stawiane profesjonalnemu wykonawcy obejmują znajomość prawa i wynikających z niego konsekwencji (wyrok SN z 17 sierpnia 1993 r., III CRN 77/93, OSNC 1994, nr 3, poz. 69). Niewątpliwie rynek zamówień publicznych jest rynkiem profesjonalnym.

Skoro zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność, sam fakt, że wykonawca powołuje się na zastrzeżenie poufności dokonane przez podmiot z nim współpracujący oraz to, że umowy referencyjne zostały wykonane na rzecz partnera prywatnego, jest niewystarczający. Zastrzeżenie oświadczenia podmiotu trzeciego oraz składane przez niego oświadczenia i dokumenty mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli odpowiadają wymaganiom wynikającym z art. 11 ust. 2 uznk, a te nie zostały wykazanie w treści wyjaśnień złożonych na stronach 48-49 oferty.

Za uczynienie zadość wymogom tego przepisu nie może być uznane jedynie potwierdzenie spełniania przesłanek art. 11 ust. 2 uznk. Obowiązkiem wykonawcy było bowiem konkretne wskazanie, w jaki sposób jest spełniona każda z nich. Subiektywne przekonanie wykonawcy, że dane informacje stanowią jego know-how jest niewystarczające. Również samo oświadczenie o zastrzeżeniu danej informacji nie jest też wystarczającym działaniem zmierzającym do zachowania danej informacji w poufności. Mając na uwadze charakter danej informacji, to, że powinna to być informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą należy oczekiwać wskazania przez wykonawcę konkretnych działań, jakie podjął w swej organizacji w celu zabezpieczenia danej informacji przed udostępnieniem. Wartość gospodarcza informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa nie może bowiem dotyczyć wyłącznie danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz powinna być możliwa do stwierdzenia w sposób zobiektywizowany.

Wymaganie zamawiającego opisane w Rozdziale XVII pkt 12 SIWZ nie pozwala na odpowiedź tak/nie, gdyż zamawiający żądał podania tam informacji konkretnych i odnoszących się wykonawcy, a tego odwołujący zaniechał.

Taki sam pogląd Izba wyraża wobec zastrzeżenia wykazu funkcjonalności, parametrów i wyposażenia urządzeń wielofunkcyjnych oraz wykazu funkcjonalności systemu/ów ograniczonego przez odwołującego do nazw urządzeń i systemu, gdyż dotyczy ich to samo stanowisko odwołującego zawarte na stronach 48-49 oferty. Nie zostało podniesione, ani tym bardziej wykazane, że sprzęt i system oferowany przez odwołującego mają szczególne cechy, które należy chronić. Izba nie dopatrzyła się przyczyn dla uznania za know-how wykonawcy samych nazw oferowanego sprzętu (podobne stanowisko Izba zajęła m.in. w wyroku w sprawie KIO 91/15, w: Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze. Zeszyt Nr 21, teza 5, str. 15).Takie działanie wykonawcy w ocenie składu orzekającego ma jedynie na celu uniemożliwienie konkurentom oceny jego oferty pod kątem zgodności z wymaganiami zamawiającego, czemu należy się sprzeciwić.

Natomiast do zastrzeżenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę oferty udzielonych przez odwołującego pismem z 23 października 2018 r. Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że nie ma żadnych uzasadnionych przyczyn, dla których odwołujący zastrzegł swoje pismo w części, w której podjął próbę wykazania, że wyjaśnienia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z całą pewnością nie są w nim zawarte żadne informacje mogące choćby potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba uznaje zastrzeganie wyjaśnień podstaw dokonanego zastrzeżenia za szczególnie naganne. Jest to działanie ograniczające jawność postępowania o udzielenie zamówienia oraz możliwość kontroli czynności zamawiającego w postępowaniu odwoławczym.

Odnosząc się do zasadności zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty Izba stwierdziła, że odwołujący nie jej wykazał. Podstawy zastrzeżenia wskazane przez wykonawcę wprawdzie są scharakteryzowane nieco szerzej, niż w przypadku oświadczenia złożonego na stronach 48-49 oferty, to jednak mają charakter niekonkretny, polegają na ogólnych stwierdzeniach, które mogą dotyczyć licznych postępowań. Nie indywidualizują zastrzeganych informacji i nie odpowiadają wymaganiom wynikającym z art. 11 ust. 2 uznk. Sam fakt, że dany rodzaj informacji może potencjalnie w indywidulanych okolicznościach danego przypadku stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jakiegoś wykonawcy, nie oznacza, że konkretne informacje dotyczące przedsiębiorstwa danego wykonawcy, taką tajemnicę stanowią. Konieczne jest wykazanie tego przez wykonawcę, co w okolicznościach sprawy nie miało miejsca.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała za słuszne stanowisko zamawiającego, który z zastrzeżeniem cen specjalnych zaoferowanych przez dostawców oraz danych identyfikujących jednego z nich uznał, że wyjaśnienia z 23 października 2018 r. nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pogląd, że wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może mieć charakteru ogólnego, jest konsekwentnie prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (*vide* przykładowo: wyroki w sprawach KIO 2784/14, KIO 291/15, KIO 338/15 w: Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze. Zeszy Nr 21, teza 4, 9, 10, str. 14, 19, 20).

Argumentacja zawarta w odwołaniu i podtrzymana na rozprawie nie została wzięta pod rozwagę w zakresie, w jakim przekraczała uzasadnienie dokonane przez odwołującego w toku postepowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp Izba ocenia bowiem czynność zamawiającego, a tę determinują treści uzasadniania, nie zaś późniejsza argumentacja, która nie została w nim zamieszczona.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:.....