Sygn. akt: KIO 20/21

WYROK

z dnia 3 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Kuszel-Kowalczyk

Członkowie: Emil Kuriata

Jan Kuzawiński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – **Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku** i

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku** tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od wykonawcy **Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku** na **rzecz Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia 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 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

……...

……...

……...

Sygn. akt: KIO 20/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „Roboty w zakresie napraw i utrzymania obiektów inżynierskich na terenie administrowanym przez GDDKiA Oddział w Katowicach Rejon w Zawierciu”, znak O.KA.D 3.2412.39.2020.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 4 stycznia 2021 roku wykonawca Saferoad Grawil Sp. z o.o.z siedzibą we Włocławku (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie od następujących niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań oraz czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia: czynności zaniechania przez Zamawiającego wykonania czynności w Postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu rozpatrywanym w postępowaniu odwoławczym KIO 2527/20 oraz próby odtajnienia wyjaśnień złożonych na wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 a oraz 87 ust. 1 ustawy Pzp w dn. 4 września 2020 r. oraz 5 listopada 2020 r.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że uznanie zarzutów odwołania nie rodzi po stronie Zamawiającego obowiązku zastosowania przyjętej w nich wykładni oraz przeprowadzenia czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego, podczas gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu nakłada na Zamawiającego tego rodzaju obowiązek i nie pozostawia mu swobody w zakresie dalszego postępowania;
2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 186 ust. 2 zd. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykonania czynności w Postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu rozpatrywanym w postępowaniu odwoławczym KIO 2527/20,
3) art. 8 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako "uznk") poprzez błędne przyjęcie, że informacje i dokumenty zawarte w pismach Odwołującego z dnia 04.09.2020 r. wraz z załącznikami oraz z dnia 5.11.2020 r. wraz z załącznikami, stanowiące wyjaśnienia złożone na wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1a oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego, wskutek rzekomego nie wykazania przez Odwołującego, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy

przedsiębiorstwa, co zostało przez Odwołującego poprawnie wykazane.

Odwołujący wniósł o:

(1)rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na ocenie, że Odwołujący nieprawidłowo zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje i dokumenty (w tym załączniki) zawarte w piśmie Odwołującego z dnia 04.09.2020 r. oraz w piśmie z dnia 05,11.2020 r., a w ślad za tym nakazanie Zamawiającemu zachowania tych informacji i dokumentów (w tym załączników) w poufności;

(2)wyłączenie jawności rozprawy w całości z uwagi na objęcie niniejszego odwołania w całości zarzutami odnoszącymi się do utajnionego w całości przez Odwołującego pisma z dnia 04.09.2020 r. oraz pisma z dnia 05.11.2020 r.;

(3)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

(4)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

W piśmie z dnia 30.09.2020 r. Zamawiający zakwestionował prawidłowość zastrzeżenia przez Odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji i dokumentów zawartych w piśmie z dnia 04.09.2020 r., stanowiących wyjaśnienie ceny oferty Odwołującego.

Odwołujący zaprotestował wobec ww. zamiarów odtajnienia wyjaśnień Odwołującego złożonym w dniu 05.10.2020 r. odwołaniem do KIO. Składając odwołanie Odwołujący wskazał jako podstawę odwołania:„naruszenie przepisu art. 8 ust. 3 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 11 ust 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako "uznk") poprzez błędne przyjęcie, że informacje i dokumenty zawarte w piśmie Odwołującego z dnia 04.09.2020 r. wraz z załącznikami, stanowiące wyjaśnienia złożone na wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1a oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego, wskutek rzekomego nie wykazania przez Odwołującego, że „zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą oraz że informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej", co zostało przez Odwołującego poprawnie wykazane." wnosząc (żądając): „rozpatrzenia i uwzględnienia odwołania oraz nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na ocenie, że Odwołujący nieprawidłowo zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje i dokumenty (w tym załączniki) zawarte w piśmie Odwołującego z dnia 04.09.2020 r., a w ślad za tym nakazanie Zamawiającemu zachowania tych informacji i dokumentów (w tym załączników) w poufności". Odwołujący podał, że Zamawiający uwzględnił ww. odwołanie w całości, co zostało potwierdzone w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2020 r., KIO 2527/20. Jednak pomimo uwzględnienia odwołania w całości, Zamawiający na obecnym etapie postępowania podejmuje czynności, które pozostają w sprzeczności z czynnością uwzględnienia odwołania w całości. Odwołujący poinformował, że Zamawiający podejmuje kolejną próbę odtajnienia (tym razem części a nie całości) pisma z dnia 04.09.2020 r. oraz pisma z dnia 05.11.2020 r., które to pismo stanowi uzupełnienie (kontynuację) wyjaśnienia ceny oferty Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, uszło uwadze Zamawiającego, że Zamawiający przed podjęciem decyzji o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu zobligowany jest przeanalizować także wszystkie żądania zawarte w odwołaniu, którym następnie obowiązany jest uczynić zadość. Powyższy przepis nakłada bowiem na Zamawiającego, w okolicznościach w nim wskazanych, obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (tak wyrok KIO z dnia 27 lutego 2018 r., KIO 258/18). Odwołujący przywołał również wyrok KIO z dnia 9 października 2012 r., KIO 2083/12. W ocenie Odwołującego, Zamawiający uwzględniając poprzednie odwołanie - wobec jednoznacznego sformułowania żądania w postaci zachowania w poufności całości pisma z dnia 04.09.2020 r. (wraz z załącznikami) - uznał, tj. zgodził się z tym żądaniem i podniesionymi w odwołaniu argumentami, że będzie respektował w całości poufność tego pisma. Odwołujący stwierdził, że prawidłowe zatem zachowanie Zamawiającego - po uwzględnieniu całości zarzutów odwołania z dnia 05.10.2020 r. powinno polegać nie tylko na respektowaniu poufności pisma z dnia 04.09.2020 r., ale także stanowiącego jego uzupełnienia - pisma z dnia 05.11.2020 r. Odwołujący wskazał, że Zamawiający swoim stanowiskiem wyrażonym w piśmie z dnia 28.12.2020 r. zamierza ponownie (w tym momencie już tylko określone części pisma i niektóre z załączników) odtajnić pismo z dnia 04.09.2020 r. oraz stanowiące kontynuację wyjaśnienia ceny oferty pismo z dnia 05.11.2020 r. Takie zachowanie Zamawiającego jest ewidentnym niewykonaniem czynności, do jakiej się zobowiązał uwzględniając poprzednie odwołanie w całości. Wobec powyższego Odwołujący - ponosząc kolejny raz koszty wpisu od odwołania oraz doprowadzając do kolejnego przedłużania Postępowania - zaprotestował wobec działań Zamawiającego.

Zasada jawności, wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasadę tę eksponuje również art. 96 ust. 3 ustawy Pzp stanowiący, iż protokół postępowania jest jawny, a załączniki do niego udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wszelkie wyjątki od tej generalnej zasady muszą mieć swe źródło w normie rangi ustawowej i być interpretowane w sposób ścisły, zgodnie z zakazem rozszerzającej wykładni wyjątków (exceptiones non sunt extendendae). Na gruncie ustawy Pzp jedynym takim wyjątkiem jest przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może ujawniać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje z kolei 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". Odwołujący wskazał, że z przywołanej definicji legalnej pojęcia "tajemnica przedsiębiorstwa" wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), w przypadku kumulatywnego ziszczenia się następujących przesłanek: (i) informacja ma określony charakter (np. charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy i posiada wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa (podmiotu gospodarczego), oraz (ii) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, oraz (iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności. Odwołujący podniósł, że w niniejszym Postępowaniu Zamawiający podkreślił, że Odwołujący„nie sprostał obowiązkowi wykazania, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą oraz że informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej'. W ocenie Odwołującego, powyższe zastrzeżenia Zamawiającego są nieuprawnione. Odwołujący w treści zastrzeganych informacji wskazywał, że przedmiotowe wyjaśnienia (dotyczące rażąco niskiej ceny) mają dla Odwołującego szczególny charakter (gospodarczo- handlowy oraz organizacyjny przedsiębiorstwa). Zawierają one bowiem szczegółowe informacje na temat stosowanej przez Odwołującego polityki cenowej, polityki pozyskiwania kontraktów, polityki wewnętrznej jego przedsiębiorstwa, relacji z kontrahentami i warunkach współpracy z nimi. Dodatkowo, pokazują w jaki sposób Odwołujący organizuje pracę przedsiębiorstwa i jaki model stosuje, aby zaoferować zamawiającym publicznym najkorzystniejsze warunki świadczenia swoich usług/ robót. Na podstawie tych danych inne firmy konkurencyjne - jak w niniejszym Postępowaniu - mogą powziąć informacje o potencjale Odwołującego, sposobie organizacji jego przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania i wszystkich innych elementach, które de facto przesądzają o pozycji rynkowej danego podmiotu. Powyższe informacje to wyraz wiedzy i doświadczenia zdobywanych przez Odwołującego na rynku. Ponadto Odwołujący dodał, że jest to wiedza i doświadczenie wieloletnie. Odwołujący jako wiodący lider na rynku usług i robót utrzymania infrastruktury drogowej w Polsce świadczy swoje usługi na rzecz zamawiających publicznych od kilkudziesięciu lat, w tym na rzecz jednostek GDDKiA. Tym samym, Odwołujący wskazał, że przedstawione przez niego wyjaśnienia stanowią jego know - how, wobec czego są informacjami o charakterze organizacyjnym jego przedsiębiorstwa i posiadają dla Odwołującego ogromną wartość gospodarczą, co powinno być analogicznie identyfikowane przez Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący wskazał, że wiedza o ww. zagadnieniach powzięta przez konkurentów Odwołującego może mieć negatywny wpływ właśnie na ww. pozycję rynkową Odwołującego, znacznie ją osłabiając i uniemożliwiać Odwołującemu udział w procedurach publicznych i niepublicznych i tym samym zdobywanie kontraktów. Dla większości firm w tym dla Odwołującego informacja o sposobie budowania strategii finansowej i cenowej jest jednym z najcenniejszych składników know-how. Odwołujący stwierdził, że takim zbiorem dla Odwołującego jest sposób budowy ceny oferty. Odwołujący wskazał, że zbiór ten stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Tym samym uznać należy, że zastrzeżone informacje bezsprzecznie mają dla Odwołującego charakter gospodarczy i organizacyjny przedsiębiorstwa. Odwołujący odnotował również, że w przeszłości uczestniczył i uczestniczy w licznych przetargach prowadzonych przez Zamawiającego GDDKiA, zastrzegając określone informacje jako tajemnice przedsiębiorstwa, i te informacje nigdy nie został odtajnione

przez GDDKiA do wiadomości publicznej, jak oczekuje tego aktualnie GDDKiA KatowiceMając na uwadze powyższe, Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym, który wskazał (cytat powyżej), że Odwołujący nie wykazał „nie sprostał obowiązkowi wykazania, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą oraz że informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej". W ocenie Odwołującego nie można inaczej interpretować informacji i dokumentów (załączniki) składanych na potrzeby wyjaśniania sposobu kalkulacji ceny oferty wykonawcy (Odwołującego). W każdym przypadku takie informacje są i muszą być uznawane za tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy. Odwołujący podniósł, że w swoim piśmie z dnia 04.09.2020 r. (oraz w piśmie z dnia 05.11.2020 r.) wprost wskazywał na charakter przekazywanych informacji, referując chociażby do kalkulacji cenowych, które - jako właściwe danemu wykonawcy - nigdy nie powinny być ujawniane do wiadomości publicznej (czytaj szczególnie konkurentom wykonawcy - Odwołującego, szczególnie zainteresowanym pozyskaniem tych informacji). W powyższym kontekście Odwołujący sformułował retoryczne pytanie, czy przekazywane Zamawiającemu informacje odnośnie sposobu kalkulacji oferty Odwołującego oraz przyjętych założeń (w tym załączonych kalkulacji ceny oferty oraz założeń do tych kalkulacji - mają czy też nie mają istotnej wartości gospodarczej dla wykonawcy (Odwołującego). Otóż mają i niezależnie od wskazania tego wprost w treści pisma Odwołującego z dnia 04.09.2020 r. (s. 3 pisma), w ocenie Odwołującego, powinno być dla Zamawiającego oczywiste, że takowe informacje (kalkulacja ceny ofert, założenia do kalkulacji) nie są informacjami, które mogą i powinny być udostępniane konkurującym wykonawcom.

Odwołujący wskazał ponadto, że w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych spotyka się różnice w zaoferowanych cenach ofert wykonawców, w tym w kontekście ustalonych budżetów przez zamawiających. Taka różnica wynika bowiem z różnych założeń kalkulacji cen ofert przez poszczególnych wykonawców i założenia te - jako właściwe danemu wykonawcy i oparte na jego niejednokrotnie wieloletnim doświadczeniu (jak w przypadku Odwołującego) zasługują na szczególną ochronę w danym postępowaniu przetargowym.

Odwołujący postawił tezę - w kontekście zarzutów Zamawiającego wskazanych w piśmie z dnia 28.12.2020 r. - że Odwołujący w zakresie wyjaśniania rzekomo rażąco niskiej ceny - podjął wszelkie niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji. Wskazał bowiem nie tylko na sam charakter zastrzeganych informacji - co przeczy treści pisma Zamawiającego z dnia 28.12.2020 r. - podkreślając wartość gospodarcza tych informacji w kontekście zastrzeganych informacji (patrz treść pisma Odwołującego z dnia 04.09.2020 r. oraz pisma z dnia 05.11.2020 r. wraz z załącznikami - dowodami). Odwołujący przywołał wyroki KIO z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt: KIO 338/09 oraz z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1072/11.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący podkreślił, że prawidłowo zastrzegł, że wszelkie informacje i dowody (faktur VAT, kalkulacja ceny oferty, wewnętrzne procedury zastrzegania informacji poufnych obowiązujące u Odwołującego) składane na potrzeby wyjaśniania rażąco niskiej ceny oferty mają w pełni unikatowy charakter stanowiący tajemnice przedsiębiorstwa danego wykonawcy.

W ocenie Odwołującego, kalkulacja ceny oferty, w tym założenia tej kalkulacji, są najważniejszym dokumentem składanym w toku wyjaśniania ceny oferty. Dokumenty te prezentują określoną strategię ubiegania się o zamówienie, właściwą tylko konkretnemu wykonawcy. Wobec tego próba ujawnienia - jak zamierza to uczynić Zamawiający - takich dokumentów, narazi Odwołującego na realną szkodę związaną z ujawnieniem tych dokumentów konkurencyjnym wykonawcom.

W dniu 29 stycznia 2021 r. zamawiający ustosunkował się do zarzutów odwołania, przekazując odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. W ocenie Zamawiającego, zarzuty przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie, z przyczyn o których mowa poniżej.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów rzekomego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię (oraz związanego z tym zarzutu rzekomego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp), Zamawiający wskazał, że zgodnie z dominującą linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający dokonał prawidłowej wykładni ww. przepisu i przeprowadził zgodne z ustawą Pzp czynności w postępowaniu. *Zamawiający zwrócił uwagę, że wbrew stanowisku Odwołującego,* czynności przeprowadzone po uwzględnieniu wcześniejszego odwołania i umorzeniu postępowania odwoławczego należy traktować jako nowe czynności podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które podlegają merytorycznej ocenie w świetle obowiązujących przepisów prawa *(tak m.in. wyrok KIO z dnia 12.06.2013 r., sygn. akt KIO 1293/13). W ocenie Zamawiającego, nie powinno również ulegać wątpliwości, że* czynności wykonane przez zamawiającego w sposób inny niż żądano w uwzględnionym odwołaniu, stanowią czynności inne i odrębne, od tych, których uwzględnione odwołanie dotyczyło *(tak m.in.: wyrok KIO z dnia 18.09.2015 r. sygn. akt 1702/15, wyrok KIO z dnia 03.04.2014 r., sygn. akt KIO 604/14).*

Zamawiający wywiódł, że możliwość dokonania czynności niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu wynika z faktu, że zamawiający każdorazowo zobowiązany jest kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Nie sposób uznać, że zamawiający, dokonując czynności w wyniku uwzględnienia w całości poprzedniego odwołania, nie ma możliwości działania zgodnie z materialnymi przepisami ustawy Pzp. Zamawiający powinien kierować się przepisami prawa oraz działać w oparciu o prawidłowo ustalony stan faktyczny. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest być ich zgodność z przepisami ustawy Pzp *(tak m.in wyrok KIO z dnia 10.01.2018 r., sygn. akt KIO 2719/17; wyrok KIO z dnia 03.09.2018 r., sygn. akt KIO 1640/18).*W ocenie Zamawiającego, zaskarżone odwołaniem czynności Zamawiającego (choć częściowo niezgodne z żądaniami poprzedniego odwołania) są czynnościami prawidłowymi w świetle materialnych przepisów ustawy Pzp, a zatem odwołanie powinno zostać oddalone jako merytorycznie niezasadne. Zamawiający wskazał również, że wcześniejsze odwołanie nie dotyczyło w ogóle czynności związanych z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie pisma Odwołującego z dnia 05.11.2020 r. (i jego załączników), które zostały przeprowadzone po raz pierwszy po umorzeniu

postępowania odwoławczego. Zamawiający podkreślił, że słusznie wskazuje się, że nie jest możliwe sankcjonowanie żądania dokonania czynności sprzecznych z prawem (tak m.in. wyrok KIO z dnia 25.01.2018 r., sygn. akt KIO 76/18). Wobec czego, dokonując czynności, które mają uczynić zadość uznanemu w całości odwołaniu, zamawiający musi mieć na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia, która nie będzie obarczona żadną wadą. Dlatego też podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zobowiązany jest kierować się obowiązującymi przepisami ustawy Pzp (tak m.in. wyrok KIO z dnia 21.01.2016 r. sygn. akt KIO 2859/15, wyrok KIO z dnia 06.04.2012 r., sygn. akt KIO 580/12).
Zamawiający zaznaczył, że w wyniku powtórzenia badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji i dokumentów przedstawionych w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie na podstawie art. 90 ust. la oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający w piśmie z dnia 28.12.2020 r. poinformował Odwołującego o zamiarze odtajnienia wyłącznie części dokumentów i informacji złożonych przez Odwołującego pisma z dnia 04.09.2020r. wraz z załączonymi do pisma określonymi dokumentami, pisma z dnia 05.11.2020r. wraz z załączonymi do pisma określonymi dokumentami. Zamawiający jednocześnie wyjaśnił, że dokumenty i informacje, o których mowa powyżej w zakresie w jakim podlegają odtajnieniu przez Zamawiającego stanowią załączniki do pisma Zamawiającego z 28.12.2020 r.
W wyniku powtórzenia badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający uznał za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa określone dokumenty stanowiące załączniki do pisma z dnia 04.09.2020 r. oraz załączniki do pisma z dnia 05.11.2020r.
Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający podniósł, że ciężar dowodu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na Odwołującym, który takiego zastrzeżenia dokonał. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych to Odwołujący zobowiązany był wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Zatem aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, Odwołujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej *„ustawa UZNK"),* w świetle którego 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.
Zamawiający podniósł, że dokonał weryfikacji czy przedstawione przez wykonawcę informacje zasługują na ochronę. Przebieg analizy i ostateczna decyzja Zamawiającego w zakresie utajnienia zastrzeżonych dokumentów mogą się przy tym w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znacząco różnić - w zależności od treści żądań wykonawcy i wagi przedstawionych przez niego informacji.
W wyniku badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji i dokumentów przedstawionych w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie na podstawie art. 90 ust. la oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający postanowił odtajnić informacje i dokumenty wyszczególnione w piśmie z dnia 28.12.2020 r.
Zamawiający podkreślił, że czynność badania skuteczności zastrzeżenia przez Odwołującego informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa została przeprowadzona przez Zamawiającego ze szczególną starannością, w oparciu o złożone przez Odwołującego w tym zakresie wyjaśnienia.
Zamawiający po zapoznaniu się z wyjaśnieniami przekazanymi przez Odwołującego oraz po dokonaniu ich szczegółowej analizy stwierdził, że Odwołujący niezasadnie utajnił część informacji i załączników do pisma Odwołującego z dnia 04.09.2020r. wraz pisma Odwołującego z dnia 05.11.2020r. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje należą do kategorii informacji podlegających ochronie, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający podkreślił, że ma obowiązek ujawnienia (odtajnienia) informacji zastrzeżonych przez wykonawcę, które ze swojej istoty tajemnicą przedsiębiorstwa nie są. Jak wynika z uzasadnienia ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232), „przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne".
Celem wprowadzenia przepisów art. 8 ustawy Pzp było wprowadzenie w zamówieniach publicznych kontroli rozporoszonej, czyli przede wszystkim kontrolowanie prawidłowości postępowania przez innych wykonawców w taki sposób aby każdy zainteresowany mógł mieć wgląd do dokumentacji postępowania i wyrazić swoje uwagi. Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 13 października 2016 r. sygn. akt: KIO 1835/16) w którym Izba wskazała, że wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z faktem, iż ich oferty i udzielane w toku postępowania wyjaśnienia będą co do zasady jawne, w szczególności w zakresie, w jakim podlegają one ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego czy też ocenie w kryteriach oceny ofert.
W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego.
Zamawiający wskazał, że zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych zasad systemu prawnego Rzeczpospolitej Polskiej. Powszechne prawo do informacji wynika z art. 54 i 61 Konstytucji RP, przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej, a także z art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Rzeczywista jawność i przejrzystość działania zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są sposobami ograniczenia zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych.
Odwołujący, zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. la oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp obowiązany był wykazać, że każda z wymienionych przesłanek w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest spełniona względem każdej zastrzeganej informacji. Takie pojęcia jak „zastrzeżenie" i „wykazanie" oznaczają, iż w ramach wykazywania istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2

u.z.n.k., w odniesieniu do zastrzeganych informacji, Odwołujący powinien przedłożyć określone dowody, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem obowiązek *„wykazania"* oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający podkreślił, że należy mieć na względzie, że to, czy dane informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, podlega każdorazowo indywidualnemu badaniu i ocenie, zależy to od ich treści i znaczenia, a także, z przyczyn formalnych, czy taka tajemnica została zastrzeżona i czy została zastrzeżona prawidłowo. Tym samym informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, który w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania, że wszystkie zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający 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, oraz że korzystając z tych informacji lub rozporządzając nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Ponadto podmiot, na rzecz którego realizowany będzie przedmiot zamówienia, jest podmiotem publicznym wydatkującym środki publiczne. W związku z tym obowiązuje zasada jawności postępowania przewidziana art. 8 ustawy Pzp, która umożliwia kontrolę prowadzonych postępowań zarówno w trakcie ich przeprowadzania jak i po ich zakończeniu. Zatem każdy podmiot decydując się na występowanie w sferze publicznej - musi liczyć się z tym, że wiąże się to z pewną transparentnością i obowiązkiem informacyjnym, które nie są wymagane w obrocie prywatnym. Zamawiający podkreślił, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winni liczyć się z faktem, iż ich oferty i udzielane w toku postępowania wyjaśnienia będą co do zasady jawne, w szczególności w zakresie, w jakim podlegają one ocenie w zakresie ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego.
Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, informacja ma charakter technologiczny, o ile dotyczy szeroko rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą (por.: wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. - I CKN 304/00, wyrok SN z dnia 5 września 2001 r. - I CKN 1159/00, wyrok SN z dnia 7 marca 2003 r. - I CKN 89/01)Informacja podlegająca ochronie na gruncie art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji musi mieć zatem przynajmniej wartość gospodarczą. Samo przekonanie Wykonawcy o wartości posiadanej przez niego informacji nie jest wystarczające. Za błędne zdaniem Zamawiającego należy uznać przyjęcie, iż z samego faktu uznania przez Wykonawcę danej informacji za organizacyjną, czy handlową wynika jej wartość gospodarcza. Samo zakwalifikowanie określonej informacji do kategorii informacji organizacyjnych także nie przesądza o jej wartości gospodarczej. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym.
Zamawiający wyjaśnił, za w pismem z dnia 28.12.2020 r., że bez wpływu na ocenę poufności zastrzeżonych informacji jest wymienienie przez Odwołującego narzędzi z jakich korzysta w celu zapewnienia ochrony. Katalog wymienionych środków w istocie sprowadza się do podania ich rodzaju, jednak z określenia rodzaju nie wynika, że to właśnie te konkretne informacje, są chronione, a tym bardziej, iż w stosunku do określonych informacji podjęto działania zmierzające do zachowania w poufności działań związanych z przedstawionym w wyjaśnieniach sposobem kalkulacji ceny. W ocenie Zamawiającego za uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa całości przedstawionych przez Odwołującego dokumentów i informacji (tj. pisma z dnia 04.09.2020 r. i pisma z dnia 05.11.2020 r. wraz z załącznikami) nie może być uznane ogólne stwierdzenie, że*:* „dostęp do informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa miała jedynie ograniczona, kontrolowana przez Wykonawcę grupa osób. (...) Zastrzeżone przez Wykonawcę informacje mają w pełnym zakresie charakter organizacyjny, gdyż dotyczą uniwersalnych rozwiązań wykonania zamówienia będącego podstawą niniejszego postępowania, w tym sposobów świadczenia usług oraz metod działania opracowanych na podstawie wyłącznie własnych doświadczeń Wykonawcy wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej Wykonawcy oraz doboru odpowiednich partnerów.(...) Ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach może stwarzać realne zagrożenie zmniejszenia konkurencyjności Wykonawcy w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, narażając Wykonawcę na szkody, a podmiotom konkurencyjnym przyniesie potencjalne korzyści majątkowe.(...). Na tę okoliczność nie przedstawiono Zamawiającemu żadnego dowodu. Deklaracji takich nie sposób uznać za wystarczające dla skutecznego wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, brakuje w nich bowiem konkretów obrazujących np. w jaki to negatywny sposób dobór wszystkich rozwiązań przyjętych w zakresie kalkulacji ceny w tym postępowaniu może wpłynąć ujemnie na przyszłą działalność Odwołującego przez podmioty konkurencyjne w taki sposób, że skutkiem może być utrudnienie lub nawet uniemożliwienie mu udziału w kolejnych postępowaniach. Odwołujący powinien wykazać między innymi, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego. Odwołujący nie wskazał również dokładnie jakie grono osób spośród pracowników lub współpracowników ma lub miało dostęp do wszystkich informacji, które zostały objęte tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający ponownie zaznaczył, że sam fakt, że dane informacje mają dla wykonawcy wartość gospodarczą nie wystarczy aby uznać, że wykonawca dokonał skutecznego zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający przywołał wyrok Izby z dn. 10.12.2019 r., sygn. akt 2376/19. W ocenie Zamawiającego kalkulacje przyjęte przez Odwołującego, służą do wyliczenia ceny w niniejszym postępowaniu. A zatem objęcie ich w całości tajemnicą przedsiębiorstwa jest bezpodstawne. Cena w postępowaniu jest jawna. Przygotowanie cen jednostkowych dla danego postępowania jest zjawiskiem naturalnym i samo w sobie nie uzasadnia objęcia informacji na temat tych cen ochroną wynikającą z tajemnicy przedsiębiorstwa. Zauważyć również należy, iż cena w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego stanowi wynik dokonanej przez Odwołującego kalkulacji na potrzeby określonego zindywidualizowanego zamówienia. Zatem części składowe ceny również nie korzystają z zastrzeżenia jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (tak m.in. wyrok KIO z dnia 01.09.2017, sygn. akt KIO 1662/17). Zamawiający zaznaczył przy tym, że specyfika i sposób realizacji zamówienia wynika z postanowień Umowy oraz z Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Ponadto za całkowicie bezzasadny Zamawiający uznał także pogląd powielany w odwołaniu, zgodnie z którym informacje i dokumenty składane na potrzeby wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oferty wykonawcy w każdym przypadku powinny być uznawane za tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania, że całość zastrzeganych informacji (tj. cała treść pisma z dnia 04.09.2020 r. i pisma z dnia r. wraz ze wszystkimi załącznikami)
ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą oraz że informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie uprawdopodobnił, że całość informacji i dokumentów, o których mowa powyżej stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i że zostały spełnione łącznie przesłanki, uzasadniające zastrzeżenie tych informacji.
W wyniku powtórzenia badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Zamawiający uznał wskazane w piśmie Zamawiającego z dnia 28.12.2020 r. załączniki do pisma Odwołującego z dnia 04.09.2020 r. oraz załączniki do pisma Odwołującego z dnia 5.11.2020 r., a także informacje dotyczące zysku/marży.
Zamawiający podkreślił, że czynności wykonane przez Zamawiającego w sposób odmienny od żądania zawartego w uwzględnionym odwołaniu, stanowią czynności inne i odrębne, od tych, których uwzględnione odwołanie dotyczyło (tak m.in.: wyrok KIO z dnia 18.09.2015 r. sygn. akt KIO 1702/15). Jeżeli czynności powtórzone są prawidłowe w świetle materialnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, nowe odwołanie powinno zostać oddalone jako merytorycznie niezasadne. Niezastosowanie się w całości do żądania poprzedniego odwołania nie przesądza o automatycznym uwzględnieniu kolejnego odwołania. Czynności po umorzeniu postępowania odwoławczego należy traktować jako nowe czynności podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które podlegają merytorycznej ocenie w świetle obowiązujących przepisów prawa.
Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść wyjaśnień Odwołującego składanych na podstawie art. 90 ust. 1a oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z dn. 4 września 2020 r. i 5 listopada 2020 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy z dn. 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwana dalej „nową Pzp" lub „nPzp".

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, o udzielenie zamówienia pn. „Roboty w zakresie napraw i utrzymania obiektów inżynierskich na terenie administrowanym przez GDDKiA Oddział w Katowicach Rejon w Zawierciu", znak sprawy O.KA.D-3.2412.39.2020.
Izba ustaliła, że Zamawiający w dn. 27 sierpnia 2020 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1a oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący w dn. 4 września 2020 r. złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami, które prawie w całości objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dn. 30 września 2020 r. poinformował Odwołującego o zakwestionowaniu prawidłowości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji i dokumentów zawartych w piśmie z dnia 4 września 2020 r.

Odwołujący w dn. 5 października 2020 r. złożył odwołanie kwestionując prawidłowość podjętych przez Zamawiającego działań związanych z informacjami zastrzeżonymi przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dn. 19 października 2020 r. Izba umorzyła postępowania odwoławcze, ze względu na uwzględnienie zarzutów odwołania przez Zamawiającego w całości.

W dn. 29 października 2020 r. Zamawiający wezwał odwołującego do doprecyzowania i uszczegółowienia wyjaśnień z dn. 4 września 2020 r.

Odwołujący w dn. 5 listopada 2020 r. złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami, które prawie w całości objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający przekazał Odwołującemu pismo w dn. 28 grudnia 2020 r. w którym poinformował Odwołującego o zakwestionowaniu prawidłowości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części informacji i dokumentów zawartych w piśmie z dnia 4 września 2020r. i piśmie z dn. 5 listopada 2020r.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący w odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie:
- art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. A jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu oraz
- art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. 89 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, stosownie do których Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie

zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosowanie do art. 92 ust. 2 ustawy z dn. 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy nPzp.

Zarzuty oparte na art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp (aktualnie art. 522 ust. 1 i 2 nPzp) i nie wykonaniu przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w uwzględnionym odwołaniu nie podlegały uwzględnieniu, gdyż z ww. przepisów wprawdzie wynika, że zamawiający dokonuje czynności zgodnie z żądaniem lecz przepisy te nie mają charakteru materialnoprawnego rodzącego roszczenie o wykonanie czynności. W ocenie Izby, przepis ten ma charakter formalny i jest elementem procedury zarówno postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowania odwoławczego. Jest swoistym wskazaniem sposobu działania zamawiającego, który uwzględnia zarzuty odwołania i dokonuje czynności zgodnie z żądaniami. Fakt niedokonania czynności zgodnie z żądaniami skutkuje prawem do wniesienia kolejnego odwołania przez wykonawcę i jego merytorycznego rozpatrzenia, a w przeciwnym wypadku, tj. dokonania żądanych czynności, odrzuceniem kolejnego odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 nPzp.

Odnośnie naruszenia art. 8 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk") poprzez błędne przyjęcie, że informacje i dokumenty wskazane w piśmie Zamawiającego z dn. 28 grudnia 2020 r., a uprzednio złożone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba podziela stanowisko Zamawiającego i uznaje, że działania Zamawiającego zmierzające do ujawnienia części zastrzeżonych informacji są właściwe.

Kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Norma art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, iż jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk (tak wyrok KIO z dn. 15 października 2020 r., o sygn. akt KIO 2358/20).

Odwołujący zastrzegł uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z wyjaśnieniami złożonymi w ramach procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że przepisy ustawy Pzp nie wyłączają możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji składanych w ramach wyjaśniania rażąco niskiej ceny, określonych przez Odwołującego jako informacje o charakterze organizacyjnym. Powyższe oznacza, że to wyłącznie charakter informacji oraz wypełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk ma decydujące znaczenie rozstrzygające o tym, czy dane informacje mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, czy też nie.

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. W konsekwencji Odwołujący zobowiązany był po pierwsze zastrzec, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w uzasadnieniu zastrzeżenia wykazać, że po pierwsze dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacja ta 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, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tej informacji działania w celu utrzymania jej w poufności. Wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Jak wskazuje orzecznictwo (tak m.in. wyrok KIO z dn. 1 czerwca 2020 r., o sygn. akt 539/20), informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania (np. formuł chemicznych, wzorców i metod działania) - tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., , OSNC rok 2001, Nr 4, poz, 59. Z kolei, za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa (wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2013 r.,). Natomiast informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, a niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., , OSNC rok 2001, Nr 4, poz, 59). Pojęcia te (informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa) powinny być rozumiane szeroko, również jako „wiadomości dotyczące sposobów produkcji, planów technicznych, metod kontroli jakości, wzorów użytkowych i zdobniczych, wynalazków nadających się do opatentowania, jak też informacje związane z działalnością marketingową, z pozyskiwaniem surowców, organizowaniem rynków zbytu czy informacje odnoszące się do struktury organizacyjnej, zasad finansowania działalności, wysokości wynagrodzeń pracowników. Do tajemnic przedsiębiorstwa zalicza się również tzw. poufne know-how, w tym zarówno know-how produkcyjne, jak i know-how handlowe" (M. Uliasz, Przestępstwo naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Monitor Prawniczy rok 2001, nr 22). Informacja taka nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może ona być znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane wejściem w jej posiadanie.

Zamawiający, w ocenie Izby, dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia przez Odwołującego ww. wyjaśnień, w sposób dokładny i skrupulatny. Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającemu obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. W ocenie Izby, argumenty zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w znacznej mierze są ogólne i powołujące się na cechy przynależne wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia i mają charakter nie niosący ze sobą jakiejkolwiek wartości gospodarczej. W szczególności dotyczy to przywołanych przez Odwołującego w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyroków sądów, ogólnych zapewnień o posiadaniu przez

zastrzeżone informacje istotnej wartości gospodarczej bez skwantyfikowania tej wartości lub deklaracji o poniesieniu znacznej szkody majątkowej w przypadku ujawnienia tych informacji. Podobnie w zakresie przedstawionej kalkulacji szczegółowej kilku pozycji ze złożonego kosztorysu - Odwołujący przedstawił założenia do kalkulacji szczegółowych w których powołuje się na czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny przynależne de facto wszystkim uczestnikom postępowania czy też podmiotom prowadzącym działalność na tożsamym rynku (np. ustalenie kosztów sprzętu i materiałów na podstawie ogólnodostępnych informacji z serwisu/kalkulatora kosztorysowego, czy też przyjęcie kosztów robocizny do wyliczenia wartości pozycji w wartości minimalnej wynikającej z powszechnie obowiązujących przepisów prawa) . Tym samym nie ma podstaw, by stwierdzić, że Odwołujący wykazał jakąkolwiek wartość gospodarczą informacji które Zamawiający zamierza ujawnić, a tylko informacje o określonej wartości gospodarczej mogą podlegać ochronie.

Odwołujący wskazuje ponadto, że ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach może stwarzać realne zagrożenie zmniejszenia konkurencyjności Odwołującego w kolejnych postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych, narażając Odwołującego na szkody, jednakże Odwołujący nie wyjaśnia, w jaki sposób ujawnienie kalkulacji kilku pozycji z których wynika zakres prac wykonywanych w oparciu o dokumentację postępowania wraz z cenami paliwa – zgodnymi z oficjalnymi cenami paliw doprowadzi do szkody, czyli jaki jest związek przyczynowo-skutkowy między ujawnieniem kalkulacji cen kilku pozycji kosztorysowych, a szkodą czy też zmniejszeniem konkurencyjności Odwołującego i jaka jest realna skala tej szkody. Na tę okoliczność Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że deklaracji takich nie sposób uznać za wystarczające dla skutecznego wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, brakuje w nich bowiem konkretów obrazujących np. w jaki to negatywny sposób dobór wszystkich rozwiązań przyjętych w zakresie kalkulacji ceny w tym postępowaniu może wpłynąć ujemnie na przyszłą działalność Odwołującego przez podmioty konkurencyjne w taki sposób, że skutkiem może być utrudnienie lub nawet uniemożliwienie mu udziału w kolejnych postępowaniach. Odwołujący powinien wykazać między innymi, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego.

Odnośnie instrukcji technicznych określonych produktów, opisu produktów czy też karty charakterystyki stwierdzić należy, iż informacje te stanowią informacje, które są powszechnie dostępne na rynku (publikowane na stronach internetowych), w szczególności są łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji. Jak podkreślał Zamawiający w toku rozprawy wszyscy wykonawcy profesjonalnie świadczący usługi w zakresie przedmiotu zamówienia mają wiedzę o istnieniu takiego produktu.

Izba podziela również stanowisko Zamawiającego, iż nie miał on wystarczających podstaw do przyjęcia, iż zostały spełnione przesłanki konieczne do zastrzeżenia w całości informacji zarówno uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jak i samych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak jak wskazano naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Wszelkie wyjątki od tej zasady winny być poddane wyczerpującej i dogłębnej analizie. Wykonawca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa winien, chcąc wyłączyć jawność postępowania w stosunku do dokumentów składanych Zamawiającemu, uprawdopodobnić przesłanki konieczne do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Samo oświadczenie przez przedsiębiorcę, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest wystarczające do uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tego względu Izba nie podziela opinii Odwołującego, że kalkulacje cenowe, jako właściwe danemu wykonawcy nigdy nie powinny być ujawniane do wiadomości publicznej per se. Nie mogą być ujawniane, o ile wykonawca wykaże zasadność ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ustawa Pzp nie przewiduje automatycznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonych kategorii czy rodzajów informacji – nie ma tutaj żadnego automatyzmu. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje w całości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, biorąc pod uwagę, że w znacznej części, jak już wskazano powyżej informacje te mają charakter jedynie ogólny.

Niezależnie od powyższego, zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, Odwołujący był też zobowiązany wykazać rzeczywiste pozostawanie wszystkich zastrzeżonych informacji w poufności. W tym zakresie Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż bez wpływu na ocenę poufności zastrzeżonych informacji jest wymienienie przez Odwołującego narzędzi z jakich korzysta w celu zapewnienia ochrony. Katalog wymienionych środków w istocie sprowadza się do podania ich rodzaju, jednak z określenia rodzaju nie wynika, że to właśnie te konkretne informacje, są chronione, a tym bardziej, iż w stosunku do określonych informacji podjęto działania zmierzające do zachowania w poufności działań związanych z przedstawionym w wyjaśnieniach sposobem kalkulacji ceny. Słusznie ocenił Zamawiający, iż za uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa całości przedstawionych przez Odwołującego dokumentów i informacji (tj. pisma z dnia 04.09.2020 r. i pisma z dnia 05.11.2020 r. wraz z załącznikami) nie może być uznane ogólne stwierdzenie, że: „dostęp do informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa miała jedynie ograniczona, kontrolowana przez Wykonawcę grupa osób.” Odwołujący nie wskazał dokładnie jakie konkretne grono osób spośród pracowników lub współpracowników ma lub miało dostęp do wszystkich informacji, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wobec braku wykazania przez Odwołującego przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, na Zamawiającym ciąży obowiązek ujawnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wraz z dołączonymi dowodami w części, w jakiej dokumenty te zawierają informacje, które nie wypełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, że słusznie Zamawiający uznał zasadność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dot. zindywidualizowanych warunków handlowych w zakresie współpracy Odwołującego z podmiotami trzecimi.

Jednocześnie Izba, uznając że zarzutami odwołania były objęte tylko informacje co do których istniał pomiędzy stronami spór o zamiar ich ujawnienia (a contrario odwołaniem nie były objęte informacje, które wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a zamawiający nie kwestionował tego zastrzeżenia), zwraca Zamawiającemu uwagę iż odnośnie informacji związanych z cenami produktów zaoferowanych na podstawie zindywidualizowanych ofert, które to oferty i ceny w nich zawarte zostały skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa konieczna jest ich ochrona również w sytuacji gdy zostały one powielone w kalkulacji szczegółowej. Powyższe jest następstwem prawidłowego zastrzeżenia tych informacji i powinno odnosić skutek w postaci nieujawniania tych informacji w żadnym z dokumentów. Izba zauważa, że kwestii tej omyłki Zamawiającego nie podnosił również pełnomocnik Odwołującego.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art.

553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

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 § 8 ust. 2 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:……

……

……