sygn. akt: **KIO 1701/21**

WYROK
z dnia 12 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. K. i S. B. prowadzący działalność w formie spółki cywilnej pod firmą: Biuro Architekt K. s.c. w Suchej Beskidzkiej, ul. Adami Mickiewicza 9a; 34-200 Sucha Beskidzka,**w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencja Rozwoju Miasta Krakowa sp. z o.o., ul. Królewska 57; 30-081 Kraków,**
przy udziale wykonawcy **Dresler Studio Architektura i Urbanistyka sp. z o. o. sp. k.,**
ul. Stokrotek 6; 31-463 Kraków -zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. K. i S. B. prowadzący działalność w formie spółki cywilnej pod firmą: Biuro Architekt K. s.c. w Suchej Beskidzkiej, ul. Adami Mickiewicza 9a; 34-200 Sucha Beskidzka**i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. K. i S. B. prowadzący działalność w formie spółki cywilnej pod firmą: Biuro Architekt K. s.c.**
w Suchej Beskidzkiej, ul. Adami Mickiewicza 9a; 34-200 Sucha Beskidzka, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 1701/21**

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Rozwoju Miasta Krakowa sp. z o.o., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami, którego przedmiotem jest wyłonienie wykonawcy usług projektowych w zakresie opracowania kompletnej dokumentacji projektowo-kosztorysowej adaptacji budynków na potrzeby biblioteki, na rzecz Gminy Miejskiej Kraków, dla Agencji Rozwoju Miasta Krakowa.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 14 maja 2021 r., pod nr 2021/BZP 00055502.

Dnia 2 czerwca 2021 roku, zamawiający poinformował odwołującego o tym, iż dokona odtajnienia zastrzeżonych przez odwołującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa, treści wyjaśnień z dnia 25 maja 2021 r. i dokumentów załączonych do tych wyjaśnień.

Dnia 7 czerwca 2021 roku, wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. K. i S. B. prowadzący działalność w formie spółki cywilnej pod firmą: Biuro Architekt K. s.c. w Suchej Beskidzkiej (dalej „*Odwołujący*") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.Art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez niezachowanie w odniesieniu do odwołującego zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2.Art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez decyzję o ujawnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania w całości,

2)nakazanie zamawiającemu utrzymanie w tajemnicy wyjaśnień odwołującego z dnia 25 maja 2021r. i załączników do tych wyjaśnień w zakresie wskazanym w tym piśmie,

ewentualnie

3)nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny treści wyjaśnień odwołującego z dnia 25 maja 2021 r. i - o ile będzie to konieczne - wezwanie odwołującego do uzupełnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

4)obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego a w szczególności:

a)wpisu w wysokości 7500,- zł (por. §2 kt 3 ppkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania - dalej: rozporządzenie o kosztach),

b)kosztów poniesionych przez odwołującego w kwocie wskazanej na rozprawie oraz wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika w kwocie 3600,- zł (por §5 pkt 2 ppkt a), b) i d) rozporządzenia o kosztach).

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że czynność zamawiającego narusza interes odwołującego, gdyż:

1.Odwołujący dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących jego tajemnice przedsiębiorstwa.

2.Ujawnienie zastrzeżonych informacji zniszczy, a co najmniej istotnie zmniejszy dotychczasową przewagę konkurencyjną.

3.Ujawnienie do publicznej wiadomości danych zawartych w wyjaśnieniach doprowadzić może do utraty współpracowników i może wymusić zmianę organizacji pracy co podniesie koszty działania odwołującego co może wywołać szkodę nawet znacznych rozmiarów.

4.Ujawnienie tych informacji może spowodować skutek w postaci odwołania złożonego przez jednego lub kilku konkurencyjnych wykonawców co wywoła skutek co najmniej w postaci zwłoki w zawarciu umowy o wykonanie zamówienia

Odwołujący wskazał, iż przekazane zamawiającemu informacje: stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, oraz że wykonał wszystkie czynności wymagane ustawą konieczne do utrzymania informacji w tajemnicy. Odwołujący podniósł,

iż informacja podlega ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - dalej: uznk - jeżeli są spełnione dwie podstawowe przesłanki:

a.Po pierwsze, przesłanka formalna definiowana jako wola utajnienia danych informacji. Innymi słowy przedsiębiorca musi wyjawić swą wolę co do tego, że daną informację uważa za swą wartą ochrony tajemnicę.

b.Po drugie, przesłanka materialna, czyli charakter informacji. Przesłanka ta jest spełniona wówczas, gdy informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jest inną informacją przedstawiającą wartość gospodarczą. Chodzi tu zatem o element komercyjny co oznacza, że dysponując taką informacją konkurencyjny przedsiębiorca zaoszczędzi wydatków lub bezpośrednio zwiększy zyski.

Informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa, jeżeli są spełnione dwie powyższe przesłanki. Odrębnym elementem są działania podjęte przez przedsiębiorcę w celu utrzymania informacji w tajemnicy - ustawa nie reguluje tych działań w tym sensie, iż nie mówi co konkretnie należy zrobić.

Jeżeli chodzi o przesłankę pierwszą, to poza sporem jest to, że odwołujący oświadczył,
iż jego wolą jest, by przekazane zamawiającemu informacje pozostały tajemnicą. Fakt ten jednoznacznie wynika z treści pisma z 25 maja br. - co jak się wydaje nie jest sporne. Utajnione informacje mają przede wszystkim charakter organizacyjny i prezentują sposób szacowania wynagrodzenia, sposób zarządzania i organizacji pracy, ale też wskazują m.in. współpracowników odwołującego i wartości ich wynagrodzenia.

Analizując pismo zamawiającego z 2 czerwca br. nie sposób pominąć tego, iż z jednej strony wskazuje on, że przedstawione informacje a priori nie są tajemnicą przedsiębiorstwa (gdyż dotyczą wyjaśnienia ceny i kosztorysów ofertowych (kalkulacji) są jawne i publicznie dostępne - tak: k.2 akapit 1 i 2 - a z drugiej kładzie nacisk na to, że odwołujący nie wykazał przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a jego wyjaśnienia są lakoniczne - tak: k.1 akapit 3. Jeżeli porówna się ceny złożonych ofert, to oczywistym jest to, że przedstawione w wyjaśnieniach odwołującego metody działania są skuteczne i przynoszą efekt w postaci co najmniej najkorzystniejszej ceny. Zgodnie z pkt 17) SWZ kryterium „cena" daje aż 60% możliwych do uzyskania punktów. W konsekwencji uzyskanie przez zamawiającego zamówienia jest bardzo prawdopodobne. Konsekwentnie należy założyć,
iż uzyskanie dostępu do danych zawartych w wyjaśnieniach ceny przez konkurencyjnych wykonawców mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy. Co więcej nie jest prawdą twierdzenie zamawiającego jakoby ceny były jawne i publicznie dostępne.

Załączniki 1-2 do pisma z 25 maja zawierają „rozbicie" ceny z podziałem na koszt poszczególnych części. Częścią jest m.in.) projekt branżowy lub grupy czynności albo usługa zewnętrzna (np. projekt konstrukcji, inwentaryzacja, ekspertyza) z zastosowaniem jednostek nakładu pracy - wartości wskazane w tych załącznikach wynikają z zastosowania procesów opisanych w wyjaśnieniach (w części 2).

Załączniki 3,4,5,6 są określone jako wycena/umowa jednak nie zawierają kalkulacji (nie są zatem jak to wskazywał zamawiający kosztorysem, nie ma wskazanych cen jednostkowych) - są to oferty przedsiębiorców z którymi odwołujący współpracuje.

Ujawnienie metod pracy odwołującego, ujawnienie współpracowników, ujawnienie cen poszczególnych etapów/elementów pracy, ujawnienie treści ofert współpracowników wywoła efekt negatywny dla odwołującego.

Przedsiębiorstwa konkurencyjne (nie tylko przedsiębiorcy, którzy złożyli oferty
w postępowaniu) wiedząc „kto i za ile" współpracuje z odwołującym będą mogli niekorzystnie wpłynąć na tę współprace np. proponując lepsze wynagrodzenia.

Informacje zawarte w wyjaśnieniach z 25 maja br. mają wartość gospodarczą co jest sprawą oczywistą.

Poza sporem winien być oczywisty fakt, iż skoro zamawiający (ani nikt inny) nie prowadził wcześniej procedury polegającej na pozyskaniu ofert na przedmiot zamówienia objęty postępowaniem, to dane zawarte w wyjaśnieniach z 25 maja br. jako całość lub
w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom. Zamawiający pominął całkowicie fakt, iż dane dotyczące postępowania a zwłaszcza kwoty kalkulacji ceny zapewne przestaną mieć wartość gospodarczą po udzieleniu zamówienia. Jednak walor ten - tj. wartość organizacyjna i gospodarcza - nie zniknie w odniesieniu do procesów organizacji pracy, pozyskiwania kontrahentów, podwykonawców
i współpracowników. W konsekwencji dane zawarte w cz. 2 wyjaśnień i w załącznikach
w sposób trwały zachowują cechy tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący przekazując zamawiającemu wyjaśnienia z 25 maja br. zastrzegł, iż są one tajemnicą przedsiębiorstwa. Nigdy wcześniej taki zbiór danych nie był przekazywany jakikolwiek osobie trzeciej, a zatem w celu utrzymania informacji w tajemnicy wystarczającym było wykonanie czynności polegającej na:

a.wskazaniu na pierwszej stronie wyjaśnień, iż są one w pkt 2 wraz z załącznikami tajemnicę przedsiębiorstwa i nie należy ich udostępniać innym podmiotom,

b.zastrzeżeniu w pkt 3 iż informacje zawarte w wyjaśnieniach i załącznikach są tajemnicą przedsiębiorstwa,

c.opisaniu w wykazie załączników, iż są one tajemnica przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego, tak długo, jak zamawiający nie ujawni tych informacji tak długo ich treść nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób. Co więcej, nikt poza odwołującym nie ma tych informacji i na podstawie jawnych informacji nikt nie może ich odtworzyć czy skompilować celem skutecznego wykorzystania. Innymi słowy, odwołujący zastosował skuteczne działania gwarantujące utrzymanie informacji w tajemnicy. Dodatkowo odwołujący wskazał, iż w jego przedsiębiorstwie od kilku lat obowiązuje procedura ochrony informacji. Procedura ta została skutecznie wdrożona i stanowi załącznik do niniejszego odwołania (dokument została częściowo zanonimizowany - pełna treść zostanie przedstawiona na rozprawie).

Art. 16 ustawy Pzp, zobowiązuje zamawiającego do prowadzenia postępowania
z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ujawnienie zastrzeżonych informacji będzie sprzeczne z przywołaną zasadą ustawową bowiem postawi odwołującego w niekorzystnej sytuacji. Konkurencyjni wykonawcy będą znali *know how* odwołującego ale odwołujący nie będzie miał analogicznych informacji o konkurentach.

Przywołany art. 16 nakazuje też prowadzenie postępowania w sposób przejrzysty
i proporcjonalny. W okolicznościach niniejszej sprawy zasada proporcjonalności
i przejrzystości wymaga, by zamawiający dokonał co najmniej właściwej oceny stanu faktycznego i skorygował wadliwe ustalenia co do powszechnej dostępności danych zawartych wyjaśnieniach. Nie jest zasadnym „zdejmowanie" klauzuli poufności tylko dlatego, że zamawiający - dość arbitralnie - uznaje, iż dane informacje nie są tajemnicą przedsiębiorstwa. Przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie takiej decyzji (tj. pismo z dnia 2 czerwca 2021r.) zawiera wadliwie ustalony stan faktyczny (w szczególności poprzez przyjęcie, że dane zwarte w załącznikach są danymi kosztorysowymi i powszechnie dostępnymi, całkowite pominięcie faktu, iż konsekwencją ujawnienie wyjaśnień jest m.in. ujawnienie

danych i wynagrodzenia współpracowników odwołującego). W ocenie odwołującego, nakaz prowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny i przejrzysty wymaga tego, by zamawiający zobowiązał odwołującego do uzupełnienia zasadności stosowania tajemnicy przedsiębiorstwa. Poza sporem jest bowiem to, że uzasadnienie działań odwołującego jest zawarte w piśmie z 25 maja 2021 r. a zatem zamawiający nie może podejmować działań o nieodwracalnych skutkach. Takim nieodwracalnym skutkiem jest ujawnienie zastrzeżonych informacji - zasada przejrzystości i proporcjonalności nakazuje w takim przypadku zobowiązać odwołującego do uzupełnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podtrzymuje twierdzenie, iż wyjaśnienia z 25 maja 2021r. zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż:

a. opisują nieujawnione i niemożliwe do pozyskania legalną droga informacje organizacyjne i biznesowe (w szczególności dot. organizacji przedsiębiorstwa, współpracowników i ich wynagrodzenia),
b. posiadają wartość gospodarczą dlatego, że umożliwiają zaoferowanie niskich cen przy utrzymaniu wysokiej jakości usługi
c. Przekazanie tych informacji zostało dokonane z zastrzeżeniem ich poufności i żądaniem powstrzymania się od ujawnienia ich osobom trzecim.

Dokonane zastrzeżenia czynią zadość wymaganiom wynikającym w szczególności z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, iż odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył szczegółowe i precyzyjnie wyjaśnienia ceny oferty wraz z załącznikami. Niemniej uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał jedynie na stronie 9 wyjaśnień, iż: „*Zastrzegamy, iż informacje zawarte w niniejszej odpowiedzi i w załącznikach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wnosimy o ich nieudostępnianie innym podmiotom niż Zamawiający, gdyż przedstawione tu analizy, wyliczenia wyceny wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, mają dla nas wartość gospodarczą i znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej. Zastrzeżone informacje nigdy nie były ujawnione do publicznej wiadomości, mają charakter organizacyjny i handlowy przedsiębiorstwa*.”.

Przytoczone trzy zdania w żadnej mierze nie wyczerpują wynikającego z obowiązujących przepisów ciążącego na wykonawcy obowiązku wykazania i szczegółowego uzasadnienia,
iż dane informacje, które uważa że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, mają faktycznie charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny. Ponadto wykonawca nie wykazał
w żaden sposób, iż podjął, przy zachowaniu należytej staranności, jakiekolwiek działania
w celu zachowania poufności przedstawionych informacji, czyli udzielonych wyjaśnień ceny oferty wraz z załącznikami. Nie wykazał również, iż załączone kalkulacje i oferty osób przewidzianych do realizacji zamówienia są utajnione i że osoby te mają tego świadomość, albo zobowiązały się do zachowania tych informacji w tajemnicy. Załączone do wyjaśnień materiały w żadnym miejscu nie wskazują na to, iż zostały zastrzeżone lub aby strony wdrożyły działania celem ich zabezpieczenia i zachowania ich w poufności. Wobec *de facto* braku wykazania w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, iż udzielone informację mają charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny oraz niewykazania posiadania przez nie wartości gospodarczej, jak też braku udowodnienia i udokumentowania dochowania działań lub czynności mających zachować je w poufności i stosownie zabezpieczyć, zamawiający zobowiązany był do podjęcia decyzji o odtajnieniu złożonych wyjaśnień wraz
z załącznikami.

Zamawiający zauważył, iż zarówno stanowiska orzecznictwa, jak i doktryny, zgodnie potwierdzają, że aby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne, to musi zostać wykazane przez wykonawcę łączne spełnienie przesłanek o charakterze formalnym nakazujących wykazanie, iż po pierwsze zastrzeżona informacja faktycznie nie została ujawniona do wiadomości publicznej. Po drugie wykonawca zobowiązany jest wykazać jakie konkretnie działania podjął w celu ochrony poufności danej informacji. Po trzecie wykonawca musi wykazać, iż spełnione są przesłanki o charakterze materialnym pozwalające na stwierdzenie, że informacja, która ma być chroniona, faktycznie posiada walor techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny, przy czym musi wykazać, iż dana informacja posiada wartość gospodarczą. Stosowne uzasadnienie powodów, dla których wykonawca zastrzega dane informacje uznając je za poufne musi zostać złożone w momencie, w którym zostają one przekazane zamawiającemu. Wykonawca, zastrzegając poufność określonych informacji, nie może oczekiwać, że zamawiający z urzędu będzie doszukiwał się powodów, dla których należy chronić danej informacje. Przepisy ustawy Pzp wyraźnie wskazują,
iż ciężar wykazania konieczności udzielenia danej informacji ochrony spoczywa na wykonawcy, a niewywiązanie się z tego obowiązku należy uznać za jednoznaczne
z konieczności ujawnienia złożonych informacji.

W rozpatrywanym przypadku odwołujący z całą pewnością nie podołał ciążącemu na nim obowiązkowi, gdyż składając wyjaśnienia ceny oferty wraz z załącznikami nie udowodnił,
a nawet nie uprawdopodobnił, iż faktycznie stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa oraz, że w związku z tym podjął niezbędne działania mające na celu zachowanie tych informacji
w poufności. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie negatywnie oceniała działania zamawiających, którzy bezkrytycznie przyjmowali zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nawet w przypadkach, gdy wykonawca zastrzega wszystkie, bądź większość informacji, co ewidentnie ma na celu wyłącznie utrudnianie innym konkurującym wykonawcom weryfikację danej oferty. Wykazując prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca nie może poprzestać jedynie na ogólnikowych, czy lakonicznych stwierdzeniach, albo zapewnieniach, że określone informacje objęte klauzulą tajemnicy są zastrzeżone prawidłowo.

Zamawiający podkreślił, iż w rozpatrywanym przypadku odwołujący zaniechał należytego uzasadnienia prawidłowości zastrzeżenia złożonych wyjaśnień, a tym samym nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku wykazania i uzasadnienia, że danej informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast z treści złożonego odwołania wynika,
iż odwołujący oczekuje, że to zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w postaci nieprzedłożonej pierwotnie argumentacji wraz z dowodami potwierdzającymi zasadność utajnienia złożonych wyjaśnień ceny oferty wraz
z załącznikami.

Odwołujący zarzuca naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, co jest zupełnie niezrozumiałe i w żadnej mierze nieuzasadnione. Zamawiający wskazał, iż w stanie faktycznym i prawnym niniejszej sprawy, dopuścił by się faktycznie naruszenia zasad przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jeżeli nie podjął by decyzji o odtajnieniu nieskutecznie utajnionych wyjaśnień ceny i ich załączników. Ponadto nie decydując się na ujawnienie informacji, wobec których odwołujący nie wykazał zasadności ich utajnienia i nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na poparcie swoich lakonicznych stwierdzeń o utajnieniu wyjaśnień ceny i

załączników, zamawiający naruszyłby zasadę jawności postępowania opisaną w art. 18 ustawy Pzp. Należy przypomnieć, iż zasada jawności może być jedynie ograniczona lub wyłączona
w wyjątkowych i szczegółowo uzasadnionych oraz udokumentowanych przypadkach.
W rozpatrywanej sprawie nie można jej naruszyć, gdyż odwołujący nie wykazał w sposób wiarygodny i nie udowodnił, że złożone przez niego informacje faktycznie mogą w danych okolicznościach sprawy pozostać utajnione.

Zamawiający podkreślił, iż odwołujący dopiero na etapie postępowania odwoławczego
w uzasadnieniu treści odwołana i złożonych wraz z nim załącznikach przedstawił niezbędne uzasadnienie faktyczne i prawne, z którego wynika, że złożone wyjaśnienia wraz
z załącznikami, choć nie w całości, to jednak w części można by uznać za skutecznie chronione i zasadnie utajnione. Niemniej dokonanie tego na etapie postępowania odwoławczego, a nie w momencie złożenia wyjaśnień, jest zdecydowanie spóźnione, a tym samym nieskuteczne.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wskazał,
że jest on niewłaściwy i nie odpowiadający stanowi faktycznemu, gdyż podjęcie decyzji
o ujawnieniu złożonych wyjaśnień ceny oferty wraz z załącznikami było w okolicznościach niniejszej sprawy obowiązkiem zamawiającego, a to z powodu faktu, iż wykonawca nieskutecznie i niewłaściwe próbował utajnić złożone informacje. Odwołujący nie dopełnił obowiązku, który nakłada na niego przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który wprost stanowi,
iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji zamawiający nie mógł podjąć innej decyzji, gdyż w przeciwnym razie naruszyłby obowiązujące przepisy.

Zamawiający wskazał, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, uzasadniając swoją decyzję o odtajnieniu złożonych wyjaśnień ceny oferty wraz z załącznikami słusznie stwierdził,
że „nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa", przy jednoczesnym wyrażeniu, iż „uznał za nieprawidłowe ich utajnienie". Jak potwierdza piśmiennictwo i orzecznictwo nawet informacje, które można teoretycznie uznać za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, nie mogą być chronione w przypadku, gdy nie uzasadniono i nie wykazano, że faktycznie podlegają one ochronie i że podjęto niezbędne działania i czynności mające zapewnić zachowanie ich w poufności. Odwołujący na etapie składania wyjaśnień nie wykazał w żaden sposób, że wykonał jakiekolwiek czynności wymagane obowiązującymi przepisami konieczne do utrzymania informacji w tajemnicy, a jedynie w sposób lapidarny i ogólny oświadczył, że złożone wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie zamawiającego wykonawca nie udowodnił na etapie przekazania informacji,
iż podlegają one ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż nie wykazał ziszczenia się w okolicznościach niniejszej sprawy spełnienia łącznie przesłanki formalnej definiowanej jako wola utajnienia danych informacji oraz przesłanki materialnej, czyli wykazania, że złożone informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub są inną informacją przedstawiającą wartość gospodarczą. Wykonawca nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach spełnienia koniunkcji opisanych przesłanek, dlatego też zamawiający zobowiązany był podjąć decyzję o odtajnieniu złożonych informacji. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazuje, iż „uzyskanie dostępu do danych zawartych w wyjaśnieniach ceny przez konkurencyjnych wykonawców mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy". W tym miejscu należy podkreślić, iż sam używa słowa „mogłoby", a przy tym dopiero próbuje to wykazać na etapie postępowania odwoławczego, zamiast dokonać tego skutecznie w momencie złożenia wyjaśnień.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Dresler Studio Architektura i Urbanistyka sp. z o. o. sp. k.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone
w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący składając zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny podał, iż „*WYJAŚNIENIA W PKT 1 WRAZ Z ZAŁĄCZNIKAMI STANOWIĄ TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA, W ZWIĄZKU Z POWY. WNOSIMY O ICH NIEUDOSTĘPNIANIE INNYM PODMIOTOM*", dodatkowo i jedynie argumentując,
że „*Zastrzegamy, iż informacje zawarte w niniejszej odpowiedzi i w załącznikach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wnosimy o ich nieudostępnianie innym podmiotom niż Zamawiający, gdyż przedstawione tu analizy, wyliczenia wyceny wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, mają dla nas wartość gospodarczą i znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej. Zastrzeżone informacje nigdy nie były ujawnione do publicznej wiadomości, mają charakter organizacyjny i handlowy przedsiębiorstwa*".

Wyżej cytowane fragmenty pisma odwołującego, stanowią jedyne okoliczności, na które powołał się odwołujący wykazując zasadność zastrzeżenia przekazywanych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający, pismem z dnia 2 czerwca 2021 roku, stanowiące „*Zawiadomienie
o odtajnieniu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa*" wskazał, iż „*(…) po analizie uzasadnienia i treści dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, uznał za nieprawidłowe ich utajnienie i podjął decyzję o odtajnieniu wyjaśnień i dokumentów wskazanych poniżej.*

*Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, Wykonawca może zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020r. poz. 1913
z późn. zm.), tj. nieujawnione w do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne*

przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowaniu ich poufności. W sytuacji, gdy Wykonawca zastrzeże w ofercie informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie ustawy Pzp lub odrębnych przepisów lub nie wykaże, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, informacje te będą podlegały udostepnieniu na takich samych zasadach jak pozostałe niezastrzeżone dokumenty składające się na ofertę Wykonawcy. W ocenie Zamawiającego
w przedstawionym w wyjaśnieniu uzasadnieniu utajnienia wyjaśnień i załączników Wykonawca nie wykazał, że są to faktycznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli iż są to nieujawnione w do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Ponadto w zupełności nie wykazał, jakie i czy w ogóle podjął działania niezbędne dla zachowania ich poufności. Przedstawione uzasadnienie jest lakoniczne i nie wykazuje spełnienia przesłanek wynikających z przywołanej ustawy, które pozwalałyby na uznanie złożonych informacji i dokumentów za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku
z tym, Zamawiający nie może uznać za prawidłowe, działanie Wykonawcy polegające na zastrzeżeniu wyjaśnienia ceny i kosztorysów ofertowych (kalkulacji), jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
W ocenie Zamawiającego powyższe informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ wskazane wyjaśnienia ceny i kosztorysy ofertowe (kalkulacje), które posiadają ceny jednostkowe oraz stanowią podstawę sposobu obliczenia ceny oferty są jawne
i publicznie dostępne.

Powyższe stanowisko Zamawiającego, pomimo zmiany stanu prawnego nadal aktualne, potwierdza również orzecznictwo z 20 listopada 2020r. KIO 2859/20, w którym orzeczono,
iż: „Należy też zauważyć, że są to wartości tradycyjnie podawane w kosztorysach budowlanych, w których obowiązkiem jest wskazanie takich danych przyjętych przy kosztorysowaniu jak: stawka roboczogodziny, stawka pracy sprzętu, narzut na materiały oraz zysk. Zatem tradycyjnie nie są to informacje mające charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.
Z wieloletniego doświadczenia wynika także, że podanie takich informacji w kosztorysach (często bardzo szczegółowych) w danym przetargu w żaden sposób nie wpływa na sytuację rynkową wykonawcy - w innym przypadku każdy wykonawca, który w jednym przetargu zapoznał się z ofertami konkurentów, mógłby wygrywać wszystkie przetargi, a tak nie jest".

Podobnie tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane – wyrok KIO 613/18 z 20 kwietnia 2018r.

Na zakończenie powyższego uzasadnienia Zamawiający wskazuje na tezy z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001r. I CKN 1159/00, w którym Sąd stwierdził, że: „(...) na podstawie art. 11 ust. 4 nie można objąć tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze. Do informacji takich można zaliczyć odpis
z właściwego rejestru np. KRS lub Ewidencji Działalności Gospodarczej. Ponadto wykonawca bezwzględnie nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 u.p.z.p., czyli podawanych podczas otwarcia ofert tj.: nazwy (firmy) oraz swojego adresu,
a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji
i warunków płatności zawartych w ofercie. Przyjmuje się także, że tajemnicą nie może zostać objęty kosztorys i ceny jednostkowe, stanowiące podstawę obliczenia ceny."

W związku z powyższym Zamawiający zawiadamia, iż dokona odtajnienia treści zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa treści wyjaśnień z dnia 30.05.2021r.
i dokumentów załączonych do tych wyjaśnień (…)".

Przyjmując wyżej wskazany stan faktyczny sprawy, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela argumentację zamawiającego, a ponadto wskazuje, co następuje.

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r.
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Za właściwe i zasadne, w zakresie obowiązku wykazania przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych treści, powołać należy wyrok Izby
z dnia 22 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 265/21 (tezy z wyroku dotyczą interpretacji przepisów ustawy sprzed 1 stycznia 2021 r., jednakże pozostają aktualne w okolicznościach przedmiotowej sprawy), w którym to wyroku Izba w sposób zupełny wskazała okoliczności, jakie muszą być uwzględnione przy ocenie „wykazania" zasadności zastrzeżenia TP,
z którymi to tezami, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Izba identyfikuje się w całości. W ww. wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż „Przypomnienia wymaga, że jedną
z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ZamPublU. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ZamPublU. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ZamPublU, 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. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: „Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). 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 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. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych". Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ani gołosłowne zapewnienia. Przedmiotem oceny Izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez przystępującego S. informacji prawidłowo ustalił, że przystępujący S. wykazał, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 14 stycznia 2021 r. dla części I i III postępowania, stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie ZNKU podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą" (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaji Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 ZNKU. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Izba stwierdziła, że przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia, w odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, ograniczył się do wskazania jedynie, że sposób wyliczenia ceny „posiada wysoką wartość gospodarczą". Wskazał też, że zawarte w wyjaśnieniach informacje dotyczące kontrahentów wykonawcy oraz zasad współpracy z nimi, informacje dotyczące technologii wykonania zamówienia, zasady kalkulacji cen ofertowych, a także wysokość zysku posiadają szczególną wartość gospodarczą.

Analiza przywołanego uzasadnienia co do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji prowadziła do wniosku, że wykonawca nie sprostał obowiązkowi wykazania tego elementu definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie okazało się lakoniczne, szczątkowe mające co najwyżej charakter deklaracji (zapewnienia). Na uwagę zasługiwał też fakt, że wykonawca usiłując wykazać zasadność zastrzeżenia swych wyjaśnień ceny z dnia 14 stycznia 2021 r., odwoływał się w treści uzasadnienia do jakichś bliżej niesprecyzowanych wyjaśnień z dnia 10 lutego 2020 r. czy 4 stycznia 2021 r. Powyższe oznaczało, że sporządzone uzasadnienie nie odnosiło się indywidualnie do wyjaśnień z dnia 14 stycznia 2021 r. i miało charakter sztampowy.

Dostrzeżenia wymagało również, że zastrzegane wyjaśnienia z dnia 14 stycznia 2021 r. na str. 1 -3 (do pierwszego akapitu włącznie) zawierały jedynie przytoczenie zapisów SIWZ i przepisów prawa, które nie mogły być utajnione, jako że są to informacje jawne i posiadają zerową wartość gospodarczą. Z kolei, na stronie 3 w ostatnim akapicie znajdowały się szacunki kosztów osobowych o szczegółowości zbliżonej do przedstawionej w piśmie procesowym przystępującego S. z 17 lutego 2021 r. Pewną wartość gospodarczą mogły teoretycznie posiadać informacje o wyposażeniu, którym dysponuje przystępujący na potrzeby realizacji zamówienia. Jednakże dostrzeżenia wymagało, że w przedstawionym uzasadnieniu zastrzeżenia przystępujący S. ani jednym zdaniem nie wskazał, czy i dlaczego chce chronić tego rodzaju dane.

Zdaniem Izby, w oparciu o treść zastrzeżonych informacji nie można powziąć jakiejkolwiek wiedzy na temat unikalności i wyjątkowości elementów cenotwórczych ujawnionych przez wykonawcę. W związku z powyższym, w oparciu o przywołane uzasadnienie, nie można było w żaden sposób wywnioskować, dlaczego przystępujący uważa, że jakakolwiek informacja posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą. Jeśli przystępujący powoływał się na argument co do konieczności chronienia sposobu kalkulacji ceny to powinien wykazać, że ten sposób kalkulacji jest unikalny, wyjątkowy, niespotykany i nieznany innym wykonawcom. Wobec powyższego trudno uznać, że lektura tego rodzaju ogólnych informacji posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Zdaniem Izby przystępujący nie udowodnił także podjęcia skutecznych działań celem zachowania w poufności sposobu kalkulacji ceny ofertowej w szczegółowości podanej w wyjaśnieniach z 14 stycznia 2021 r. Wykonawca wprawdzie wskazał w uzasadnieniu, że dostęp do zasad współpracy z kontrahentami ma niewielkie grono osób zarządzających wykonawcy. Przystępujący S. oświadczył także, że przestrzega wewnętrznych procedur zabezpieczających informacje przed ujawnieniem. Wreszcie przystępujący wskazał,

że osoby mające dostęp do zastrzeganych informacji zobowiązały się do ich nieujawniania. Oświadczył, że przedstawia wzór zobowiązania do zachowania informacji w poufności. Odnosząc się do tego fragmentu uzasadnienia zastrzeżenia dostrzeżenia wymagało, że tak opisane działania, podejmowane przez wykonawcę celem zachowania informacji w poufności, nie mogą być uznane za dowód należytego chronienia tych informacji, jak chce art. 8 ust. 3 ZamPublU. Wyjaśnienia na temat działań okazały się nazbyt ogólne, lakoniczne. Zamawiający w oparciu o przywołane gołosłowne twierdzenia nie jest w stanie stwierdzić, czy działania te są skuteczne. W szczególności nie wiadomo o jakich bliżej nieokreślonych wewnętrznych procedurach pisze wykonawca. Przystępujący oświadczył, że składa wzór zobowiązania o zachowaniu informacji w poufności, jednakże wzoru takiego nie złożył. Ponadto wzór taki bez wskazania, kto w tej konkretnej sprawie takie informacje posiada i czy go podpisał i tak byłby niewystarczający. Na uwagę zasługiwał fakt, że przystępujący S. nie oświadczył ani nie wykazał, czy wszyscy jego kontrahenci zostali poinformowani o tym, że nie mogą ujawniać elementów cenotwórczych wynikających z kontraktów zawartych z przystępującym i przyjęli na siebie obowiązek ich chronienia.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 ZamPublU znalazł potwierdzenie w zebranym w sprawie materiale dowodowym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, wyraźnie stwierdzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.”.

Przyjmując wnioski płynące z ww. cytowanego orzeczenia, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący, oświadczający *de facto* w trzech zdaniach, zasadność zastrzeżenia wyjaśnień RNC tajemnicą przedsiębiorstwa, nie wykazał w sposób skuteczny, że złożone wyjaśnienia takiej ochronie podlegają. Ogólnie przedstawione stanowisko odwołującego, stanowi jedynie wyraz jego woli, co do chęci nieprzekazywania treści złożonych wyjaśnień innym wykonawcom, jednakże wola ta nie została w żaden dostępny sposób wykazana.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, iż możliwa jest sytuacja, w której zamawiający dokona wezwania odwołującego do uzupełnienia argumentacji w zakresie uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, albowiem nie można nakładać większego rygoryzmu do oświadczenia wykonawcy składanego w tym zakresie, które to oświadczenie nie jest ofertą, a jedynie elementem dokumentacji związanej z ofertą, niż do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w którym to aspekcie wykształciła się praktyka ewentualnego dodatkowego wzywania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Izba wskazuje, iż różnica w powyższym zakresie jest na tyle duża i znacząca, że nie jest możliwe identyfikowanie obu sytuacji jako zbieżnych czy podobnych, dających podstawę do tożsamego ich stosowania. Wskazać bowiem należy na odmienności procedury związanej z wyjaśnieniem RNC, gdzie zamawiający określa zakres żądanych informacji i w przypadku ich niewłaściwego opisania istnieje możliwość dodatkowego wezwania w odróżnieniu od sytuacji związanej z TP, gdzie zakres udzielanych wyjaśnień (wykazania) spoczywa na wykonawcy i to wykonawca ma obowiązek wykazania dlaczego opisane przez niego informacje stanowią na tyle istotną wartość gospodarczą, która pozwala na zastrzeżenie tych informacji TP.

Do uznania, iż dane informacje należy uznawać jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa istotnym tu jest nie to, czy dane informacje powszechnie zalicza się do grupy obejmowanej tajemnicą przedsiębiorstwa, ale to, czy co do skonkretyzowanych informacji został zachowany tryb objęcia ich tajemnicą. Wykonawca zobowiązany jest wykazać, iż zostały podjęte przez niego działania mające na celu zachowanie objętych przez niego tajemnicą przedsiębiorstwa informacji w tajemnicy, tj. iż objęte nią informacje nie były dostępne osobom trzecim w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. W szczególności, w celu wykazania, o którym stanowi art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wykonawca winien opisać środki, jakie zastosował celem zagwarantowania tejże tajemnicy, a w miarę potrzeby przedstawić również dowody potwierdzające wdrożenie systemu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Samo opisanie powyższych środków rozumieć natomiast należy jako konieczność rzeczowego, a nie ogólnikowego ich powołania (vide: wyrok SO Warszawa z dnia 17 czerwca 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 148/19).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……