Sygn. akt: KIO 3593/21

WYROK

z dnia 30 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 r. przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie oraz ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3593/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZMB S.A. z siedzibą w Warszawie oraz ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu wyjaśnień ceny oferty z dnia 14 i 29 października 2021 r.

2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wnoszących sprzeciw i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Wykonawców wnoszących sprzeciw na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3593/21

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na Inżyniera Kontraktu dla

zadania - Modernizacja instalacji technologicznej Stacji Uzdatniania Wody Praga (znak postępowania: 01499/WS/PW/PZP-DRZ-WRI/U/2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2021 r. pod numerem nr 2021/S 169-443095.

W dniu 13 grudnia 2021 r. wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010.; dalej: uznk) poprzez

zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie oraz ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu mimo, że informacje te nie przedstawiają wartości gospodarczej, są jednorazowe z uwagi na możliwość ich wykorzystania wyłącznie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ich ujawnienie nie może narazić wykonawcy na szkodę i jako takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk, czego konsekwencją jest brak możliwości weryfikacji czy oferta konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonych przez Konsorcjum wyjaśnień z dnia 14 października 2021 r. oraz z dnia 29 października 2021 r. oraz niezwłoczne przekazanie ich Odwołującemu;

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

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił wywód prawny dotyczący art. 18

ust. 1 - 3 ustawy Pzp, art. 11 ust. 2 uznk, jak również przywołał orzecznictwo Izby dotyczące zagadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. wyrok KIO z dnia 29 marca 2021 r. sygn. akt: KIO 720/21, wyrok z dnia 4 września 2019 r. sygn. akt: KIO 1626/19, 1628/19, wyrok KIO z dnia 6 października 2021 r. sygn. akt: KIO2331/20, wyrok KIO z dnia 26 marca 2018 r.

sygn. akt: KIO 458/18, 474/18, wyrok KIO z dnia 6 lipca 2020 r. sygn. akt: KIO 1149/20, KIO 1145/20, KIO 1129/20, wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 477/20.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum ZBM przedłożyło tożsame uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa dołączone do wyjaśnień z dnia

14.10.2021 r. oraz 29.10.2021 r.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum ZBM powołało się na nieaktualną już podstawę prawną, tj. art. 11 ust. 4 uznk, który to w wyniku nowelizacji z dnia 05 lipca 2018 r. został zastąpiony przez art. 11 ust. 2 uznk - „Na wstępie informujemy, że niniejsze wyjaśnienia wraz załącznikami do niniejszego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji."

Dalej Odwołujący podniósł, że przedłożone uzasadnienie nie koreluje treścią z dokumentów, które zostały zastrzeżone. Konsorcjum ZBM jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegło wyjaśnienia wraz z załącznikami w zakresie zaoferowanej ceny - a nie, jak wskazano w uzasadnieniu, dokumenty w zakresie procedury samooczyszczenia: „Dokumenty poufne zawierają szczegółowe informacje odnoszące się do dokonanej przez Wykonawcę procedury, przewidzianej w art. 110 ust. 2 PZP, tj. procedury samooczyszczenia. Zawarte w dokumentach poufnych dane dotyczą ustanowionych na potrzeby Wykonawcy procedur organizacyjnych, stanowią informacje o charakterze organizacyjnym w rozumieniu art. 11 ust. 2 Ustawy, w tym mają dla Wykonawcy znaczną wartość gospodarczą."

Kolejno Odwołujący wskazał, że z przedłożonego uzasadnienia Konsorcjum ZBM w znacznej mierze powołuje się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów powszechnych wskazujące na samą możliwość dokonania zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa - czego Wykonawca nie kwestionuje - niemniej przedmiotowe uzasadnienie jest nad wyraz ogólnikowe oraz lakoniczne - nie poparte żadnymi dowodami. Takie też uzasadnienie uznać należy za niewystarczające, co jednoznacznie potwierdza stanowisko Izby: „W ocenie Izby złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są lakoniczne, ogólne, nie wskazują na okoliczności szczególne, które miałyby decydować o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca na poparcie swojego stanowiska przywołuje jedynie nie orzecznictwo sądów oraz Krajowej Izb Odwoławczej co w ocenie Izby należy uznać za niewystarczające." (wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2691/19).

Konsorcjum ZBM, w dalszej części uzasadnienia - wykazując wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji wskazało jedynie, iż: „W przedłożonych poniżej wyjaśnieniach dotyczących ceny ofertowej Wykonawcy (Konsorcjum firm ZBM S.A. - ZDI Sp. z o.o.) przedstawione zostały elementy składowe ceny ofertowej, takie jak wynagrodzenia personelu, poziom kosztów ogólnych Wykonawcy (Konsorcjum firm ZBM S.A. - ZDI Sp. z o.o.), poziom zysku, które stanowią informacje posiadające wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji." - takie wyjaśnienie nie zasługuje na uznanie, bowiem Konsorcjum ZBM w żaden sposób nie wykazało jaką wymierną wartość gospodarczą stanowią dla niego zastrzeżone informacje. W świetle powyższego pierwsza z przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk nie została wypełniona.

Następnie odnosząc się do podjętych przez Konsorcjum ZBM działań mających na celu zachowanie zastrzeżonych informacji w poufności Odwołujący wskazał, iż Konsorcjum ZBM dokonało wyłącznie gołosłownego wyliczenia działań - wskazując, iż: „Zastrzeżone informacje jako całość stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy (Konsorcjum firm ZBM S.A. - ZDI Sp. z o.o.) przez co nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, takie tak: ściśle określony obieg dokumentów i przechowywanie ich w zabezpieczonym systemie informatycznym dostępnym wyłącznie personelowi Działu Kadr, Działu Ofertowania oraz Działu Administracyjnego, a do tych informacji brak test dostępu w zwykłej drodze."

W powyższym zakresie Odwołujący podniósł, że brak jest wskazania które działania zostały podjęte zarówno przez Lidera, jak i Partnera Konsorcjum - już takie zaniechanie może skutkować utratą poufności zastrzeżonych informacji ze względu na brak wskazania czy partnerzy Konsorcjum zostali zobowiązani do zachowania poufności. Następnie Odwołujący wskazał, że brak przedstawienia wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia wyjaśnień wraz z załącznikami stosownych dowodów jednoznacznie potwierdzających podjęte przez Konsorcjum działania mające na celu zachowanie zastrzeżonych informacji w poufności winno skutkować natychmiastowych odtajnieniem wszelkich informacji przez Zamawiającego - ze względu na ugruntowane już stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym zakresie. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 14 października 2020 r. sygn. akt: KIO 1747/20, wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 477/20, wyrok KIO z dnia 20 października 2020 r. sygn. akt: KIO 2472/20. Odwołujący wskazał, że już samo zaniechanie przedłożenia stosownych dowodów potwierdzających podjęcie stosownych działań mających na celu zachowanie zastrzeżonych informacji w poufności - winno skutkować ich odtajnieniem przez Zamawiającego.

Z ostrożności - nie znając treści załączników przedłożonych wyjaśnień w zakresie ceny - jeżeli zawierają one oferty od podmiotów trzecich (np. potencjalnych podwykonawców) - nie wskazując w swojej treści na stosowną klauzulę poufności - Zamawiający również jest zobowiązany do ich odtajnienia. Powyższe potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w wyroku z dnia 25 września 2020 r. sygn. akt KIO 2123/20. Co więcej - nawet w przypadku uznania, iż zastrzeżone informacje posiadają wymierną wartość gospodarczą, to w przypadku zaniechania przedłożenia przez wykonawcę - tu Konsorcjum - stosownych dowodów na potwierdzenie podjętych niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności - winno to skutkować automatycznym odtajnieniem takich informacji przez Zamawiającego. Tak też opowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt: KIO 477/20.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 grudnia 2021 r. oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości.

Przystępujący w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w całości.

W piśmie procesowym z dnia 28 grudnia 2021 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił argumentację na poparcie prezentowanego stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba po wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępującego oddaliła wniosek Przystępującego o odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesionego po upływie ustawowego terminu. Ww. wniosek Przystępujący w szczególności uzasadniał tym, że w dniu 18 listopada 2021 r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, zawiadamiając o wyborze oferty SAFEGE S.A.S. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu trzech ofert, w tym oferty złożonej przez Przystępującego. W dniu 29.11.2021 r. Przystępujący wniósł odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji bezpodstawnego wyboru oferty SAFEGE S.A.S. jako najkorzystniejszej. Kopia tego odwołania została zamieszczona na platformie zakupowej Zamawiającego w dniu 30.11.2021 r. Dopiero następnego dnia, gdy Odwołujący (SAFEGE S.A.S) zorientował się co do wniesienia przez Przystępującego odwołania, podjął pierwsze kroki i zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie korespondencji prowadzonej w postępowaniu z wykonawcą ZBM S.A. i ZDI Sp. z o.o. oraz z wnioskiem o udostępnienie oferty Przystępującego. W kolejnym dniu, tj. 02.12.2021 r., Odwołujący złożył wniosek o odtajnienie złożonych przez Konsorcjum ZBM wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a finalnie - w dniu 13.12.2021 r. - odwołanie do Prezesa Izby. Dla Przystępującego oczywiste pozostawało, że termin do wniesienia odwołania liczony od 1 grudnia 2021 r. został sztucznie wykreowany przez Odwołującego, a każde odwołanie wniesione po 29 listopada 2021 r. należało uznać za spóźnione.

Stosownie do treści art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy Przystępujący pomija, że w dniu 18 listopada 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego (SAFEGE S.A.S) jako najkorzystniejszej. Przypomnieć należy, iż zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Stanowisko Przystępującego, który wskazywał, że Odwołujący winien uzyskać informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w odrzuconej ofercie Konsorcjum ZBM oraz wnieść odwołanie na zaniechanie ujawnienia tych informacji nie później niż 29 listopada 2021 r. w istocie sprowadzałoby się do wniesienia odwołania nie na zarzucane Zamawiającemu naruszenia ustawy Pzp, które pozostawałaby w związku z grożącą Odwołującemu szkodą, ale z uwagi na działania innego wykonawcy (Konsorcjum ZBM), którego oferta została odrzucona. Zauważyć należy, że środkiem prawnym służącym wykonawcy do obrony przed odwołaniem innego wykonawcy jest zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, o którym mowa w art. 525 ustawy Pzp. Wykonawca może przystąpić do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przez innego wykonawcę po stronie zamawiającego i w postępowaniu odwoławczym jako uczestnik postępowania bronić wyboru swojej oferty, z którego to prawa zresztą wykonawca SAFEGE S.A.S. skorzystał w sprawie o sygn. akt: KIO 3490/21. Wskazać należy, iż Przystępujący w istocie upatrywał konieczności wniesienia odwołania przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w każdej sytuacji powołując się choćby na teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzenia, które mogłoby godzić w interes zwycięskiego podmiotu. Przyjęcie takiego poglądu niejako zmuszałoby wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do składania odwołań wobec oceny ofert sklasyfikowanych na miejscach dalszych czy ofert odrzuconych niejako z ostrożności, pod rygorem uznania ewentualnego późniejszego odwołania, składanego wobec nowej czynności wyboru oferty innego wykonawcy, jako spóźnionego. W ocenie Izby powyższe byłoby sprzeczne z zasadą ekonomiki postępowania odwoławczego, racjonalności systemu zamówień publicznych i systemu środków ochrony prawnej (por. wyrok KIO z dnia 29 października 2020 r. sygn. akt: KIO 2500/20, KIO 2543/20).

Mając na uwadze powyższe wniosek o odrzucenia odwołania jako wniesionego po

upływie ustawowego terminu, który zdaniem Przystępującego upływał w dniu 29 listopada 2021 r. nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 15 grudnia 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie oraz ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 20 grudnia 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Przystępującego wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 28 grudnia 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Przystępujący pismem z dnia 14 października oraz 29 października 2021 r. złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, które zostały objęte w całości tajemnicą przedsiębiorstwa. Przystępujący przedstawił tożsame uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla obu wyjaśnień. Do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie załączono żadnych dowodów.

Zamawiający nie odtajnił złożonych przez Przystępującego wyjaśnień ceny oferty wraz z załącznikami.

Jednocześnie w toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że nie dokonał dotychczas unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 18 listopada 2021 r. w związku z wyrokiem KIO z dnia 14 grudnia 2021 r. sygn. akt: 3490/21.

Izba zważyła, co następuje:

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie oraz ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu.

Izba wskazuje, iż art. 18 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z przywołanego przepisu wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się

obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19 zapadłym w poprzednim stanie prawnym, ale zachowującym aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, iż użyte w art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (obecnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”.

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. I tak zgodnie z ww. przepisem, 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 końcu wskazać należy, iż zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Na wstępie Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom Przystępującego jakoby Odwołujący nie skonkretyzował zarzutów odwołania, stosowna argumentacja została zawarta, w szczególności na s. 8 - 11 odwołania.

Za bez znaczenia dla istoty sprawy Izba uznała argumentację Odwołującego, który podnosił, że Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia powołał się na nieaktualną podstawę prawną zawierającą definicję tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Zauważyć należy, iż w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący odwołał się do prawidłowej definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Za irrelewantny dla sprawy Izba uznała także argument Odwołującego, który wskazywał, że przedłożone uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie korelowało z zastrzeżonymi dokumentami. W ocenie Izby całościowa lektura uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie budzi wątpliwości, iż przedmiotem zastrzeżenia były wyjaśnienia ceny oferty z dnia 14 i 29 października 2021 r., a nie dokumenty dotyczące procedury tzw. „samooczyszczenia”.

Rację miał jednak Odwołujący, iż Przystępujący, do którego należała inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 14 i 29 października 2021 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostał ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 uznk. Izba wskazuje, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące wyjaśnień ceny oferty z dnia 14 i 29 października 2021 r. miało charakter ogólny, w dużej mierze sprowadzało się do przywołania definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, jak również nie zostało poparte żadnymi dowodami.

Izba wskazuje, iż analiza zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień ceny ofert złożonych przez Przystępującego potwierdza, że Wykonawca nie wykazał, jakie działania podjął celem zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Odnośnie powyższej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa w uzasadnieniu zastrzeżenia Przystępujący podał jedynie, że „Zastrzeżone informacje jako całość stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy (Konsorcjum firm ZBM S.A. - ZDI Sp. z o.o.) przez co nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, takie jak: ściśle określony obieg dokumentów i przechowywanie ich w zabezpieczonym systemie informatycznym dostępnym wyłącznie personelowi Działu Kadr, Działu Ofertowania oraz Działu Administracyjnego, a do tych informacji brak jest dostępu w zwykłej drodze.”

Izba stwierdziła, że uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie ww. przesłanki nie sposób zweryfikować wobec braku jakichkolwiek dowodów, w tym klauzul umownych wiążących obu partnerów konsorcjum zobowiązujących do ochrony wszystkich informacji objętych tajemnicą. Nie można stwierdzić, czy wskazane w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podejmowane przez Przystępującego środki rzeczywiście są podejmowane. Co więcej, z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wynika, czy wskazane środki mające na celu zachowanie danych w poufności zostały podjęte przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, czy też obowiązują u jednego wykonawcy. Przystępujący nie wyjaśnił szerzej jaki ściśle określony obieg dokumentów miał skutecznie zapewnić ochronę zastrzeżonych danych. Z kolei samo zapewnienie Wykonawcy o wąskim gronie osób, który ma dostęp do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest wystarczające dla skutecznego wykazania przesłanki poufności. Ponadto wskazać należy, iż stanowisko Przystępującego w zakresie spełnienia ww. przesłanki było niespójne. Przystępujący w toku rozprawy stał na stanowisku, że nie można przekładać wdrożonych u Odwołującego będącego korporacją międzynarodową procedur w powyższym zakresie z procedurami obowiązującymi u małego przedsiębiorcy, w którym zarząd skupiony jest w rękach jednej osoby, co z kolei miałoby się przekładać na możliwość „upilnowania" i skuteczną ochronę informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. W powyższym kontekście zauważyć należy, że z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, iż dostęp do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie został ograniczony wyłącznie do prezesa zarządu wykonawców, bowiem dostęp do informacji objętych tajemnicą ma także personel Działu Kadr, Działu Ofertowania oraz Działu Administracyjnego.

Następnie Izba wskazuje, że Odwołujący prawidłowo podniósł, że Przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone przez Wykonawcę informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny oferty z października 2021 r. mają wartość gospodarczą. Wskazać należy, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wskazać należy, iż wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (tak KIO w wyroku z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 851/16).

Z kolei w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący odnośnie wartości gospodarczej zastrzeżonych danych wskazał, iż „W przedłożonych poniżej wyjaśnieniach dotyczących ceny ofertowej Wykonawcy (Konsorcjum firm ZBM S.A. - ZDI Sp. z o.o.) przedstawione zostały elementy składowe ceny ofertowej, takie jak wynagrodzenia personelu, poziom kosztów ogólnych Wykonawcy (Konsorcjum firm ZBM S.A. - ZDI Sp. z o.o.), poziom zysku, które stanowią informacje posiadające wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji." oraz że „Ujawnienie tych informacji może spowodować szkody w postaci ułatwionej możliwości pozyskania przez konkurencję wiedzy na temat budowania przez Wykonawcę (Konsorcjum firm ZBM S.A. - ZDI Sp. z o.o.) ceny ofertowej i wpływu elementów organizacyjnych na tę cenę, a co za tym idzie, możliwość przewidywania poziomu cen Wykonawcy (Konsorcjum firm ZBM S.A. - ZDI Sp. z o.o.) w innych postępowaniach przetargowych i przez to oferowanie cen bardziej konkurencyjnych oraz uniemożliwienie Wykonawcy (Konsorcjum firm ZBM S.A. - ZDI Sp. z o.o.) pozyskiwania zamówień. W związku z tym informacje zastrzeżone, dotyczące szczegółów kalkulowania ceny ofertowej jak i organizacyjne mają dla Wykonawcy (Konsorcjum firm ZBM S.A. - ZDI Sp. z o.o.) charakter handlowy i gospodarczy, i stanowią bezsprzecznie wartość gospodarczą dla Wykonawcy (Konsorcjum firm ZBM S.A. - ZDI Sp. z o.o.)."

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, że Przystępujący nie odniósł się w sposób zindywidualizowany do wartości gospodarczej zastrzeżonych dokumentów i informacji w nich zawartych, w tym z uwzględnieniem danych pochodzących od właściwego podmiotu zastrzegającego. Przystępujący w istocie poprzestał na stwierdzeniu, iż objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty stanowią wartość gospodarczą a ich ujawnienie

może spowodować szkody w postaci ułatwionej możliwości pozyskania przez konkurencję wiedzy na temat budowania przez Wykonawcę ceny ofertowej. Przystępujący nie omówił jednak w jaki sposób zostanie zaburzona konkurencja na rynku, w przypadku ujawnienia zastrzeżonych w tym postępowaniu konkretnych informacji oraz danych, skoro inne podmioty zamawiające stawiają właściwe dla ich potrzeb wymogi zamówienia. Samo stwierdzenie, że ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz ze złożonymi dowodami może w przyszłości niekorzystnie wpłynąć na działalność gospodarczą wykonawcy, nie jest w ocenie Izby wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej. Stwierdzić należy, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, kalkulacji ceny oferty oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył zarzucane przez Odwołującego przepisy prawa, tj. art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, przez uznanie za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Przystępującego pismem z dnia 14 i 29 października 2021 r., co do których nie wykazano, aby stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 2 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). Wobec powyższego Izba zasądziła od Wykonawców wnoszących sprzeciw na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....