

WYROK

z dnia 24 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2022 r. przez Odwołującego M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. (ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach (ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice)

przy udziale wykonawców :

A. J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. (ul. Wł. Łokietka 4, 41-933 Bytom)

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

B. U. H. i D. B. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa NATEZJA U. H., D. B. Sp. J. (ul. Raciborska 25G, 44-153 Trachy)

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności odtajnienia dokumentów w postaci wyjaśnień z 14 grudnia 2021 roku, złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez Wykonawcę U. H. i D. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa NATEZJA U. H., D. B. Sp. J., wraz wszelkimi załącznikami zastrzeżonymi przez tego Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, udostępnienie tych dokumentów Odwołującemu,

2. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach (ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. (ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica) tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego

2.2. zasądza od Zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach (ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice) na rzecz Odwołującego M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. (ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica) kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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 61/22

UZASADNIENIE

Zamawiający Zarząd Dróg Miejskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice w 2022 r.” - w zakresie Zadania nr 6 - Oczyszczanie chodników.

Odwołujący: M. K. prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Drogowych i Komunalnych Dromar M. K. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 18 ust. 3 w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia (udostępnienia Odwołującemu) załączników do wyjaśnień Wykonawcy Natezja z dnia 14.12.2021r. złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, a zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo iż Wykonawca ten nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji tam zawartych, z ostrożności - jako zarzuty ewentualne na wypadek nieuwzględnienia zarzutu poprzedniego:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Natezja, pomimo iż nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

- art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Natezja, pomimo iż złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

- a w konsekwencji art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Natezja

- art. 16 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Natezja, unieważnienie czynności oceny ofert, udostępnienie Odwołującemu załączników do wyjaśnień z dnia 14.12.2021r. złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ponowienie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Wykonawcy Natezja, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wezwał Wykonawcę Natezja do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny za usuwanie chwastów oraz namulów (cena za 100 m² — 6,00 zł netto).

14.12.2021r. Wykonawca Natezja udzielił odpowiedzi, przy czym znaczącą część tych wyjaśnień (w tym załączniki) zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

30.12.2021r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Wykonawcy Natezja jako najkorzystniejszej w części 6 zamówienia.

W odpowiedzi na wniosek Odwołującego, Zamawiający udostępnił Odwołującemu pismo Wykonawcy Natezja z dnia 14.12.2021r. w liczbie 8 stron, bez załączników.

Zastrzeżonych dokumentów było 6 w tym 5 załączników oraz pismo wyjaśniające, nazwane

odpowiednio:

1. Tajemnica przedsiębiorstwa kalkulacja rażąco niskiej ceny.
2. Zał nr 1 Skan faktury.
3. Zał nr 2 Sposób obliczania 11 paliwa.
4. Zał nr 3 Oświadczenie Haka.
5. Zał nr 4 Pilchowice
6. Zał nr 5 Oświadczenie Destello."

Zdaniem Odwołującego Wykonawca Natezja nie wykazał żadnej z przesłanek określonych art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (pomijając nawet fakt, iż w swoim uzasadnieniu Wykonawca Natezja odwołał się do nieobowiązującej już definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej uprzednio w art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji).

W znaczącej mierze uzasadnienie zastrzeżenia zawiera dywagacje na temat rozumienia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa i cytaty z orzecznictwa na ten temat, a także wyliczenie, jakie informacje Wykonawca Natezja uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie sposób doszukać się tam jakiegokolwiek treści zawierającej wykazanie, że informacje zastrzeżone rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym bardziej dowodów na poparcie tego stanowiska.

W ocenie Odwołującego Wykonawca Natezja nie udowodnił, iż zastrzeżone przez niego informacje (dokumenty) mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Nie wystarczy stwierdzenie, że informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi zostać także wykazane, że przedstawia ona określoną obiektywną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Konieczne jest więc wykazanie, że taka informacja - o ile pozostaje poufna - jest dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwala mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wykonawca Natezja nie wykazał charakteru, ani rozmiaru rzekomej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Gołosłowne stwierdzenie o wartości gospodarczej bez dookreślenia w czym ta wartość się przejawia i jaka ona jest, nie jest wystarczające do wykazania przesłanki posiadania wartości gospodarczej.

Odwołujący wskazał także że w przypadku pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, uzasadnienie Wykonawcy Natezja także nie wypełnia dyspozycji art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Stanowi wyłącznie gołosłowne i pozbawione dowodów oświadczenie Wykonawcy, że przedstawione informacje wypełniają ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności nie przedstawiono żadnych dowodów na potwierdzenie, że Wykonawca podjął stosowne środki mające na celu zachowanie rzeczonych informacji w poufności. Wykonawca Natezja wspomina w uzasadnieniu zastrzeżenia, iż obowiązują u niego określone procedury, wewnętrzne regulacje, a dostęp do informacji poufnych jest ograniczony, jest to jednak jedynie pusta deklaracja. Sama deklaracja, że procedury czy regulacje istnieją lub że podjęto inne odpowiednie kroki ku temu, by zachować zastrzegane informacje w poufności, bez szczegółowych informacji na ten temat, a w szczególności bez załączenia żadnego dowodu na potwierdzenie, że wskazywane działania rzeczywiście mają miejsce, nie stanowi o „wykazaniu” w rozumieniu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wobec braku wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, zastrzeżenie przez Wykonawcę Natezja poufności miało na celu wyłącznie ograniczenie prawa konkurencji do kontroli czynności Zamawiającego i weryfikacji wyjaśnień złożonych, a nie uniemożliwienia dostępu do informacji stanowiących rzeczywistą tajemnicę przedsiębiorstwa. Działanie takie jest zaś naganne i nie jest obejmowane ochroną w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający uchybił obowiązkom ustawowym i nie dokonał rzetelnej oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę Natezja w odniesieniu do informacji zawartych w załącznikach do pisma z dnia 14.12.2021r., a ostatecznie naruszył art. 18 ust. 3 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp nie udostępniając Odwołującemu tych dokumentów.

Odwołujący podkreślił, że na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu sformułował również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Natezja, pomimo iż Wykonawca ten nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że zarzut sformułowany został jako ewentualny na wypadek, gdyby nie został uwzględniony zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia załączników do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Natezja w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że zarzut powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do tych informacji. Dlatego Odwołujący wniósł o nierozpatrywanie tego zarzutu jako przedwczesnego z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia w przypadku, gdyby Izba uznała za zasadny zarzut wskazany w pkt 1 uzasadnienia.

Odwołujący sformułował również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Natezja, pomimo iż złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że podobnie jak zarzut z pkt 2) uzasadnienia, tak i ten zarzut sformułowany został jako ewentualny na wypadek, gdyby nie został uwzględniony zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia załączników do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Natezja w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut dotyczy naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem jest bezpośrednio powiązany z zaferowaniem ceny za usługę „usuwanie chwastów i namulów” poniżej kosztów świadczenia, dlatego powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do informacji dotyczących kalkulacji tej ceny przez Wykonawcę Natezja. Odwołujący wniósł o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu jako przedwczesnego (z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia) w przypadku, gdyby Izba uznała za zasadny zarzut wskazany w pkt 1 uzasadnienia.

W konsekwencji Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Natezja oraz art. 16 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. W sytuacji, gdy wybór oferty następuje w warunkach naruszenia przepisów ustawy Pzp mających wpływ na wynik postępowania, oczywistym jest, że i ta czynność (wybór) narusza ustawę, tj. jej art. 239 ust. 1.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie w zakresie pierwszego zarzutu zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie rozpoznawała zarzutów podniesionych w odwołaniu pod numerem 2 i 3 (dotyczących rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji), zgodnie z żądaniem zawartym w treści odwołania.

Izba podkreśla, że zarzuty te będą mogły stać się ponownie przedmiotem odwołania w sytuacji, gdy Odwołujący, po zapoznaniu się z całością wyjaśnień Wykonawcy Natezja (złożonych w piśmie z 14 grudnia 2021 roku), dojdzie do przekonania, że dotychczas podnoszone zarzuty są uzasadnione i wymagają rozpoznania przez Izbę. Zarzuty te nie będą mogły zostać potraktowane jako podniesione po terminie. Dopiero po zapoznaniu z wyjaśnieniami Wykonawcy Natezja, Odwołujący będzie miał możliwość pełnego dokonania oceny prawidłowości decyzji Zamawiającego.

Zgodnie z artykułem 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Naczelną zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania.

Zgodnie z artykułem 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzeżeł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią

tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art.

222 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyżej zacytowany artykuł zawiera odniesienie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z artykułem 11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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.

Zatem dla oceny, czy dana informacja może zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, w pierwszej kolejności należy ustalić, czy informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa i czy posiadają wartość gospodarczą, a jednocześnie nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Oznacza to, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć tylko takie informacje, co do których wykazano, że posiadają wartość gospodarczą i nie są powszechnie znane w kręgu osób zajmujących się tym rodzajem informacji.

Wykonawca Natezja nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Nie podjął nawet próby wykazania, jaką szkodę mogłoby ponieść przedsiębiorstwo/firma w sytuacji ujawnienia treści wyjaśnień dotyczących zaoferowanej, jawnej ceny zamówienia, składanych wyłącznie w tym postępowaniu. Nie wskazał także, w jaki sposób konkurencja miałaby wykorzystać te informacje. Jak trafnie podniósł w treści odwołania Odwołujący, Wykonawca Natezja przedstawił w piśmie ogólne hasła i twierdzenia oraz dywagacje na temat rozumienia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wskazać należy, że nie jest istotą zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, czy sądów powszechnych, co może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale przedstawienie przez Wykonawcę konkretnych, rzeczywistych faktów co do tego, że informacja posiada wartość gospodarczą oraz jest chroniona w konkretny, szczególny sposób.

Już z tego względu informacje w postaci ogólnych wyjaśnień ceny jawnej w postępowaniu powinny zostać udostępnione.

Wykonawca Natezja nie wykazał, aby przedstawione przez niego informacje miały charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że informacje dostępne publicznie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa załączniki do wyjaśnień przedstawione przez Wykonawcę Natezja, chociażby w postaci informacji zawierającej tabelę przeliczeniową firmy Lotos. Trudno także uznać, aby stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa informacja o jednej z cech technicznych (prędkości pracy) urządzenia będącego w użytkowaniu wykonawcy. Taka informacja techniczna, jako jedna z podstawowych, najczęściej pojawia się w folderach, ulotkach reklamowych, stronach internetowych producentów lub jest możliwa do uzyskania przez każdy podmiot zainteresowany. Wykonawca Natezja nie podjął nawet próby wykazania, dlaczego te informacje miałyby w ogóle stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Co więcej, żaden z załączników nie zawiera informacji ani adnotacji o tym, że jest informacją poufną, że nie został udostępniony gdziekolwiek indziej, że nikt nie ma o nim wiedzy.

Z art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie wynika obowiązek wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca Natezja nie wykazał, aby podjął starania w celu zachowania poufności tej konkretnej informacji. Wykonawca nie przedstawił żadnego dokumentu odnoszącego się do zastrzeżenia tajemnicy tych konkretnych informacji, które złożone zostały w postępowaniu. Dla odmiany, w trakcie postępowania odwoławczego stworzył nowe teorie, takie jak np. okoliczność podniesiona w piśmie z 21.01.2022 roku i w trakcie rozprawy z udziałem stron - Wykonawca powołał się na ustne ustalenia pomiędzy współnikami i główną księgową zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednak o tej okoliczności Wykonawca nie wspominał w treści wyjaśnień z 14 grudnia 2021 roku, co jednoznacznie potwierdza, że nawet takich ustaleń nie było. Gdyby takie ustalenia były - Wykonawca na pewno nie zapominałby o nich wspomnieć w piśmie z 14 grudnia 2021 roku. Podkreślić należy, że tajemnica przedsiębiorstwa to kwestia niezwykle istotna z punktu widzenia przedsiębiorstwa. Aby ją zabezpieczyć, przedsiębiorcy podejmują z pewnością określone działania. Podjęcie

takich działań można wykazać. Skoro Wykonawca Natezja nie wykazał żadnych działań w zakresie zabezpieczenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to z całą pewnością takich działań nie było. A skoro takich działań nie było, to znaczy, że nie jest to szczególna informacja dla Wykonawcy, a zatem złożone wyjaśnienia nie są tajemnicą przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić trafny argument Odwołującego, że ustne ustalenia są czynnością niesformalizowaną i nie można im przypisać starannego działania w celu prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ustne ustalenia nie zapewnią, że informacja „nie wycieknie”.

Ponadto jak wskazano powyżej, na ustalenia takie Wykonawca Natezja nie powołał się w piśmie z 14 grudnia 2021 roku, a stosownie do zacytowanego powyżej art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, informacja o takich „ustaleniach” powinna zostać przedstawiona najpóźniej ze złożeniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro Wykonawca Natezja nie przedstawił takiej informacji 14 grudnia 2021 roku, nie wykazał spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

W piśmie z 14.12.2021 r., mającym stanowić uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie działań Wykonawcy Natezja podjętych w celu zabezpieczenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zostało przedstawione jedynie jedno zdanie, a w nim Wykonawca powołał się na bliżej niesprecyzowane odwołanie. Wykonawca Natezja wskazał, że: „Dowodzą tego obowiązujące w firmie procedury, które wynikają z regulacji wewnętrznych, zgodnie z którymi ten rodzaj informacji, którego dotyczy odwołanie, stanowią „dane ograniczone”, dostępne jedynie dla ograniczonej ilości pracowników naszej firmy”. Powyższe zdanie jednoznacznie wskazuje, że zdanie jest zaczerpnięte z innego postępowania, a więc zupełnie nie odnosi się do sytuacji Wykonawcy w tym postępowaniu. Co więcej, powyższe zdanie jednoznacznie zaprzecza twierdzeniom Wykonawcy Natezja, bowiem w trakcie rozprawy z udziałem stron Wykonawca Natezja twierdził, że podejmowano tylko ustne ustalenia. Tymczasem w zacytowanym fragmencie pisma Wykonawcy Natezja jest mowa o „procedurach, które wynikają z regulacji wewnętrznych”. Twierdzenia Wykonawcy Natezja są sprzeczne, co stanowi kolejne potwierdzenie, że Wykonawca ten nie wykazał jakiegokolwiek ochrony którejkolwiek z informacji, a z całą pewnością nie wykazał spełnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym uznanie przez Zamawiającego, że Wykonawca Natezja prawidłowo dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, było nieuprawnione.

Również ta okoliczność ukazuje, że Wykonawca Natezja nie podjął żadnych działań w celu zabezpieczenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie podjął żadnych działań, bowiem zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące ceny zaoferowanej w postępowaniu nie są żadną tajemnicą tego Wykonawcy, a zastrzeżenie zostało przez Wykonawcę dokonane jedynie w tym postępowaniu w celu uniemożliwienia innym wykonawcom zapoznania się z nimi i ewentualnie dokonania weryfikacji prawidłowości oceny Zamawiającego.

Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron wskazał, że „różny jest poziom procedury zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem z różnym walorem informacji możemy mieć do czynienia. Czym innym są negocjacje a czym innym formuła np. produkcji coca-coli”. Tymczasem Wykonawca Natezja nie wykonał żadnej czynności w celu ochrony informacji, co potwierdza, że informacje nie są tajemnicą przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa obejmowane są takie informacje, które są rzeczywiście cenne dla wykonawcy, na których wykonawcy szczególnie zależy. Skoro nie podjęto żadnych działań (o takich wykonawca nie wspomniał), to znaczy, że informacja nie była chroniona, a skoro nie była chroniona, to nie była cenna, nie stanowiła tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego, dotyczących wysokości zaoferowanej ceny, miało w tym postępowaniu na celu wyłącznie uniknięcie ewentualnej kontroli przez innych wykonawców prawidłowości dokonania oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego.

Przede wszystkim zastrzegane informacje w tym postępowaniu dotyczyły kryterium oceny ofert, tj. ceny, która podlega ocenie Zamawiającego i wpływa na wynik postępowania. Cena zaś jest jawnym elementem postępowania.

Nie ulega wątpliwości, że wykonawcy mają prawo i możliwość obejmowania tajemnicą przedsiębiorstwa określonych dokumentów, czy informacji. Jednak istotne znaczenie ma

okoliczność, że w takiej sytuacji wykonawcy są zobowiązani do wykazania zaistnienia przesłanek opisanych art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Istotne znaczenie ma także fakt, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podstawową zasadą jest zasada jawności postępowania, która jest ważna w sytuacji, gdy zastrzegane są informacje podlegające ocenie w ramach kryterium oceny ofert.

Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron wskazał, że w jego ocenie: „tą tajemnicą

mogło być doświadczenie, które Przystępujący uzyskał realizując zamówienia na rzecz Zamawiającego i które dotyczy realnego zapotrzebowania na daną usługę. Zamawiający przedstawił bowiem założenia, zaś rzeczywistość i realia od tego odbiegają”. Cytat ten najpełniej ukazuje, że Wykonawca Natezja nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca powinien jednoznacznie określić, co jest tajemnicą, która konkretnie informacja. Tymczasem skoro (jak zostało podkreślone powyżej) Zamawiający stwierdza, co mogło być tajemnicą, a nie stwierdza co tą tajemnicą było (i dlaczego), to oznacza, że do tej pory Zamawiający nie wie, co rzeczywiście stanowiło tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy Natezja. Tym samym, Wykonawca Natezja nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyżej przytoczone stanowisko Zamawiającego (wyrażone w trakcie rozprawy z udziałem stron) jest bardzo istotne także dlatego, że Zamawiający potwierdza, że za swoje „know - how” Wykonawca Natezja być może uznawał wiedzę o realnym zapotrzebowaniu Zamawiającego na daną usługę. Zamawiający wprost przyznał, że w SWZ przedstawił założenia, zaś rzeczywistość i realia od tego odbiegają. Podkreślić należy, że Zamawiający jest (i był) zobowiązany do prawidłowego, rzetelnego przedstawienia wykonawcom informacji o zakresie przedmiotu zamówienia w celu prawidłowej, równej wyceny usługi (dokonywanej przez wykonawców w postępowaniu), również celem zapewnienia równości wykonawców w postępowaniu. Tymczasem w niniejszym postępowaniu (jak wynika z powyższego twierdzenia Zamawiającego) tylko jednemu z wykonawców znany był rzeczywisty, realny zakres usługi i tę informację wykonawca zamierzał objąć tajemnicą przed innymi wykonawcami.

Zamawiający jest podmiotem publicznym, zatem jawne są m. in. informacja o wartości wykonywanej usługi oraz o zakresie wykonanej usługi, informacje dotyczące umowy o zamówienie publiczne i jej zrealizowania. Powinny być tym bardziej jawne, gdy stanowią mogły podstawę dla wyceny dokonywanej przez wykonawców (rzeczywiste dane w zakresie usług wchodzących w zakres opisu przedmiotu zamówienia).

Tym bardziej, zakres i wartość usługi (i wchodzących w jej zakres pojedynczych usług), która była realizowana na rzecz podmiotu publicznego, nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z zacytowanego powyżej art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania powinien wykazać, że podjął przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności. Tymczasem Wykonawca Natezja nie przedstawił żadnych dowodów na ochronę tej konkretnej, ważnej dla niego informacji w postaci wyjaśnień, złożonych w niniejszym postępowaniu.

Wykonawca Natezja w trakcie rozprawy z udziałem stron wyjaśnił, że w piśmie z 21 stycznia 2022 roku doprecyzował swoje stanowisko. Tymczasem przepis ustawy jest jednoznaczny: wykonawca jest zobowiązany wykazać zasadność tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z przekazywanymi informacjami zastrzeżanymi jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest uprawnione późniejsze „doprecyzowywanie”, a w rzeczywistości przedstawianie nowych okoliczności czy argumentacji, gdyż to Zamawiający dokonuje badania tajemnicy przedsiębiorstwa na etapie badania ofert. Iżba jedynie ocenia zasadność dokonanej przez Zamawiającego oceny na podstawie zgromadzonego przez Zamawiającego materiału.

Zasadny zatem jest zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia (udostępnienia Odwołującemu) załączników do wyjaśnień Wykonawcy Natezja z dnia 14.12.2021r., złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo iż Wykonawca ten nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji tam zawartych.

W konsekwencji uwzględnienia powyższego zarzutu, za zasadny należało także uznać

zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 i art. 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy §5 pkt 1 oraz §5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1)

, zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący: