

WYROK

z dnia 11 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Marta Słoma

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2022 r. przez wykonawcę: QB Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Sosnowiec - Miasto posiadające prawa powiatu z siedzibą w Sosnowcu

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne uwzględnienie zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę BPROG Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach w części obejmującej strony od 1 do 11 (do końca rozdziału III) z powodu uwzględnienia zarzutu przez zamawiającego;

2. Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w tym uznanie zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę BPROG Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach (w zakresie nie uwzględnionym przez zamawiającego) oraz ASEC S.A. z siedzibą w Warszawie (w całości) za bezskuteczne;

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem

tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: QB Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy: QB Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo 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:

UZASADNIENIE

Gmina Sosnowiec - Miasto posiadające prawa powiatu z siedzibą w Sosnowcu

(dalej „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” pn.: Uruchomienie oraz obsługa programu Sosnowiecka Karta Miejska, znak sprawy: WZP.271.1.103.2021.JŁ (dalej: „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 grudnia 2021 r., numer ogłoszenia 2021/BZP 00311958/01.

Dnia 23 lutego 2022 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie złożył wykonawca: QB Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni - dalej jako „odwołujący”.

Odwołanie wniesiono wobec zaniechań i czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na braku ujawnienia załączników do protokołu postępowania tj. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i uzasadnień zastrzeżenia, złożonych przez wykonawców: BPROG Sp. z o.o. z siedzibą w Żąbkach (dalej „BPROG”) oraz ASEC S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „ASEC”).

Odwołujący wskazał, że zamawiający naruszył przepisy art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przekazania zarówno wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jak i uzasadnień zastrzeżenia tychże tajemnicą przez wykonawców ASEC oraz BPROG pomimo, iż zamawiający powinien w tym zakresie kierując się zasadą jawności postępowania, uznać te informacje jako niezasadnie zastrzeżone.

Podnosząc powyższe, odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny i badania ofert, w tym ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jak i uzasadnień zastrzeżenia tychże informacji dokonanych przez wykonawców BPROG i ASEC.

Izba stwierdziła, że termin na wniesienie odwołania został zachowany. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania odwołujący dowiedział się 18 lutego 2022 r. W tym dniu zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez BPROG.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Odwołujący jako wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia ma interes w tym, aby wyjaśnienia składane przez nich w toku postępowania zostały odtajnione, gdyż to pozwoli mu zapoznać się z nimi i zweryfikować, czy wykazali oni, że zaproponowana przez nich w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską. Podjęcie nieprawidłowych czynności przez zamawiającego pozbawia odwołującego możliwości weryfikacji decyzji zamawiającego w zakresie oceny złożonych wyjaśnień, a co za tym idzie możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej w zakresie dotyczącym zaproponowanej w ofertach ceny. Uwzględnienie tego zarzutu spowoduje udostępnienie odwołującemu bezprawnie zastrzeżonych dokumentów, co z kolei umożliwi mu sformułowanie zarzutów w stosunku do złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnień, a w konsekwencji może doprowadzić do wyeliminowania z postępowania ww. wykonawców i udzielenia zamówienia odwołującemu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swoje przystąpienie wykonawca: BPROG. Izba na posiedzeniu stwierdziła, że przystąpienie złożone przez tego wykonawcę należy uznać za nieskuteczne. Jak podnosił odwołujący, BPROG nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku, wynikającego z przepisów ustawy Pzp, przekazania kopii przystąpienia wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W tym miejscu należy przywołać treść przepisu art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może zgłosić swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stroną do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Z kolei zgodnie z art. 525 ust. 2 ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Przepis ten stanowi również, że dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, wykonawca winien załączyć do zgłoszonego przystąpienia.

W okolicznościach niniejszej sprawy, co wynika z akt sprawy, zgłaszający przystąpienie nie załączył do zgłoszonego przystąpienia takiego potwierdzenia. Pełnomocnik BPROG, obecny na posiedzeniu w dniu 9 marca 2022 r., nie dysponował dowodem, że powyższą informację odwołującemu przekazał. Z kolei odwołujący stwierdził, że przedmiotowego powiadomienia nie otrzymał.

Mając na uwadze powyższe - Izba nie dopuściła wykonawcy BPROG do postępowania odwoławczego w charakterze przystępującego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni przedmiotowe odwołanie w części, tj. w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny BPROG w części obejmującej strony od 1 do 11 (do końca rozdziału III), zawierających w swej treści uzasadnienie powodów objęcia wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Postępowanie odwoławcze w części podlegało umorzeniu z powodu uwzględnienia części zarzutów odwołania przez zamawiającego, co znalazło odzwierciedlenie w punkcie pierwszym sentencji.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że odwołanie w całości zasługuje na uwzględnienie, czego wyrazem jest punkt drugi sentencji orzeczenia.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do twierdzeń zamawiającego, zawartych w piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie, Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku zamawiającego spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ustawy Pzp, a odwołujący w sposób dostateczny wykazał swój interes w uzyskaniu zamówienia.

W istocie jest tak, jak twierdził zamawiający, że odwołujący zwrócił się do niego pismem z 18 lutego 2022 r., wnosząc o udostępnienie do wglądu złożonych ofert, zaś w przypadku oferty wybranej wraz z ewentualnymi pozostałymi dokumentami - w szczególności wezwaniem i wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny. Tym samym, jak wywodził zamawiający, skoro oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzeciej pozycji, a ten nie był zainteresowany treścią wyjaśnień wykonawcy ASEC (którego oferta uplasowała się na drugim miejscu), a jedynie tymi dotyczącymi wykonawcy wybranego w postępowaniu - nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku tj. konieczności podważenia nie tylko czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ale też zasadności sklasyfikowania oferty ASEC, plasującej się na pozycji drugiej w rankingu ofert.

W ocenie Izby z argumentacją powyższą nie sposób zgodzić się z tego powodu, że z treści złożonego odwołania wynika bezspornie, że odwołujący kwestionuje zarówno czynność zaniechania udostępnienia mu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę BPROG, jak też złożonych przez ASEC. Tym samym mając wiedzę, że sam został sklasyfikowany na pozycji trzeciej, ma świadomość, że jedynie podważenie realności ceny zaproponowanej przez wykonawcę wybranego, jak też sklasyfikowanego na pozycji drugiej, umożliwi mu realizację tego zadania.

Bez znaczenia jest treść samego wniosku, który odwołujący skierował

do zamawiającego w dniu 18 lutego 2022 r., prosząc o udostępnienie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jedynie w odniesieniu do oferty BPROG, skoro z treści odwołania wynika jaką czynność skarży odwołujący w odwołaniu. Ponadto, zamawiający pomija całkowicie okoliczność, że w odpowiedzi na złożony wniosek, w piśmie z 21 lutego 2022 r. stwierdził, że uznał skuteczność zastrzeżenia w odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez obydwu wykonawców tj. zarówno BPROG, jak i ASEC.

Izba nie podziela także stanowiska zamawiającego, że obowiązkiem odwołującego, na obecnym etapie postępowania, było także sformułowanie zarzutów rażąco niskiej ceny. Stwierdzić należy bowiem, że ich podnoszenie byłoby o tyle bezprzedmiotowe, że nie znając treści wyjaśnień składanych przez wykonawców, odwołujący nie jest w stanie poprawnie sformułować zarzutu. Przypomnieć w tym miejscu należy treść przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta tego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, lub też złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Tym samym to dopiero złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla kwestionowania poziomu zaproponowanej ceny, z kolei bez zapoznania się z nimi odwołujący nie jest w stanie wykazać, że konkurujący z nim wykonawcy nie sprostali ciężącemu na nich obowiązkowi wykazania, że złożone przez nich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny lub kosztu (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp).

W dalszej części, przechodząc do treści zarzutów sformułowanych przez odwołującego, na wstępie należy przypomnieć, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad w systemie zamówień publicznych, a co za tym idzie ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą Pzp. Przypadki te nie mogą być interpretowane rozszerzająco, zgodnie z zasadą wykładni *prawa exceptiones non sunt extentandae*. Zasada jawności zaś jest jednym z podstawowych narzędzi do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem jego przejrzystości, jak i wymogami uczciwej konkurencji, a więc podstawowych założeń instytucji zamówień publicznych, wskazanych w art. 16 ustawy Pzp.

Jednym z podstawowych wyjątków od zasady jawności jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznacza to, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią.

Ustawodawca przesądził także, że ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony spoczywa na wykonawcy, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Tym samym informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru.

Ponadto, aby można było uznać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca jest zobowiązany wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r., poz. 1913) - dalej „uznk”. Krajowa Izba Odwoławcza, w swoich orzeczeniach, wielokrotnie podkreślała, że obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko w tym zakresie, zaprezentowane między innymi 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”.

Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć zatem nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie sposób wyobrazić sobie dowodzenia nieuwzględnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji. W tym zakresie co do zasady wystarczające będzie złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego. Inna jest jednak sytuacja w przypadku wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji,

zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami itp.).

Sama definicja „tajemnicy przedsiębiorstwa” została zawarta w art. 11 ust. 4 uznk i zgodnie z nią przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, w myśl przywołanej definicji, za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: (i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa; (ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej; (iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnośnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Co istotne spełnienie powyższych trzech przesłanek uznania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, musi wynikać z treści uzasadnienia, które przedkłada wykonawca wraz z dokumentami, które zastrzega jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa. Nie ma zatem znaczenia, czy treść uzasadnienia zastrzeżenia jest obszerna, ale czy jest przekonująca, jak też - na ile jej obszerność przekłada się na wartość merytoryczną.

Izba w pełni podziela także stanowisko prezentowane w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) gdzie wskazano, m.in.: „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.” Tym samym nie można zgodzić się z dostrzeganą m.in. w praktyce orzeczniczej Izby skłonnością wykonawców, a niekiedy też zamawiających, do nadmiernie „liberalnego” traktowania przesłanek faktycznych i prawnych warunkujących objęcie przedstawianych przez wykonawców informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe, biorąc pod uwagę treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji przekazanych przez wykonawców BPROG i ASEC jako tajemnica przedsiębiorstwa, skład orzekający doszedł do przekonania, że wykonawcy ci nie podolali obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone przez nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do uzasadnienia zastrzeżenia dokonanego przez BPROG stwierdzić należało, że wykonawca ten nie sprostął ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 uznk, w konsekwencji zamawiający powinien był udostępnić odwołującemu złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia.

Wykonawca BPROG w szczególności nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje mają wartość gospodarczą. Wykonawca w treści uzasadnienia stwierdził (Rozdział III: Uzasadnienie, str. 8), że informacje mają charakter techniczny i technologiczny oraz zawierają wiedzę know-how, pozwalającą na utrzymanie przewagi nad konkurencyjnymi przedsiębiorstwami. Twierdził, że opracowany przez niego sposób realizacji zamówienia

ma charakter nowatorski, który daje mu przewagę nad innymi podmiotami a ponadto, że ujawnienie złożonych wyjaśnień jego konkurentom wyrządziłoby mu niepowetowane szkody.

W tym zakresie jednak, oprócz gołosłownych twierdzeń, wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, ani też nawet nie wyjaśnił w czym miałyby przejawiać się owa wartość gospodarcza przekazywanych informacji. Nie sposób bowiem uznać za wystarczające samo 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. Taka 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 uchwytty 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. Istnienie owej szkody musi mieć jednak wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie wykonawcy o wartości przekazywanych przez niego informacji - jest niewystarczające.

Nie sposób, na podstawie złożonych wyjaśnień uznać, że opisane w ich treści rozwiązania techniczne czy technologiczne, jak też sposób realizacji zamówienia podlegają szczególnej ochronie. Przypomnieć należy, że przedmiot niniejszego zamówienia został szczegółowo opisany przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia, zaś kalkulacja ceny zaprezentowana przez wykonawcę, stanowi jedynie odzwierciedlenie tych wymagań. Zamawiający nie wymagał przy tym od wykonawców podania szczegółowych parametrów technicznych oferowanych urządzeń, czy też rozwiązań technologicznych, poruszając w tym zakresie na deklaracji wykonawcy, iż oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymogami zamawiającego. Wykonawca nie był zatem zobowiązany do przedstawienia w swoich wyjaśnieniach żadnych szczegółów dotyczących oferowanego sprzętu, ani tym bardziej rozwiązań technologicznych, i wyjaśnienia te elementów tych nie zawierają.

W ocenie Izby lektura uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez BPROG prowadzi również do wniosku, iż wykonawca ten nie wykazał przesłanki dotyczącej podjęcia przez wykonawcę działań celem zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. W tym zakresie BPROG oparł się jedynie na deklaracjach i twierdzeniach, jakoby podjął szereg działań zmierzających do nieujawnienia tych informacji osobom trzecim. Stwierdził między innymi, że podjął szereg działań w obrębie swojego przedsiębiorstwa, które uniemożliwiają zapoznanie się z taką informacją przez osoby nieuprawnione. Powoływał się na wdrożoną i stosowaną politykę przedsiębiorstwa, umowy zawierane z pracownikami i współpracownikami, które to gwarantować miały, że informacje nie są dostępne dla osób postronnych. Wszystkie te twierdzenia należy jednak uznać za gołosłowne, albowiem nie zostały poparte żadnymi dowodami, z treści których miałyby wynikać, że takie działania zostały przez BPROG rzeczywiście podjęte. W tym miejscu ponownie przypomnieć należy, że pod pojęciem „wykazania”, o którym stanowi przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie, w tym przypadku potwierdzających, że spełniona została przesłanka dotycząca zachowania w poufności danych, które wykonawca w treści wyjaśnień przekazuje.

Wykonawca BPROG tego obowiązku nie dopełnił, tym samym należało uznać, że zamawiający naruszył przepisy art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, gdyż zaniechał przekazania złożonych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny odwołującemu.

Izba stwierdziła także, że zamawiający naruszył przepisy art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przekazania zarówno wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jak i uzasadnienia zastrzeżenia tychże tajemnicą, złożonych przez wykonawcę ASEC.

W kwestii możliwości uznania za niejawne samego uzasadnienia, z jakich powodów wykonawca zastrzegł jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa składane wyjaśnienia dotyczące ceny zauważyć należy, że Izba wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że samo uzasadnienie w tym zakresie w każdym przypadku jest elementem jawnym. Służby

ono bowiem weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z kolei bez możliwości zapoznania się z nim inni wykonawcy nie są w stanie zweryfikować czy zamawiający w sposób prawidłowy ocenił spełnienie przesłanek opisanych w art. 11 ust. 2 uznk i uznał zasadność dokonanego zastrzeżenia. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia nie znajduje oparcia w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem jako takie należy je uznać za bezskuteczne.

Oceniając z kolei samą treść uzasadnienia zastrzeżenia złożonych wyjaśnień jako tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba doszła do przekonania, że ASEC nie podał ciężącemu na nim obowiązki wykazania, że złożone wyjaśnienia taką tajemnicą stanowią. Uzasadnienie zawiera bowiem jedynie ogólnikowe twierdzenia, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu. Oprócz przytoczenia samych przepisów uznk i wyводу dotyczącego przesłanek, które muszą zostać spełnione, aby dane informacje mogły być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy, brak jest w istocie żadnego szczegółowego uzasadnienia.

Za takie uzasadnienie nie może być bowiem uznany ogólny wywód dotyczący tego, że przekazywane informacje mają charakter organizacyjny i gospodarczy oraz, że ujawniają źródła pozyskiwanych materiałów i urzędzeń, pozyskiwania współpracowników czy też sposoby finansowania. Nie zasługuje też na uwagę argument dotyczący tego, że metodologia kalkulacji ceny oferty, zgodnie z orzecznictwem, może stanowić o przewadze konkurencyjnej przedsiębiorstwa, zaś ta, przygotowana przez wykonawcę, sporządzona na potrzeby przedmiotowego zadania może o takiej przewadze stanowić zarówno w tym, jak i kolejnych postępowaniach. W ocenie Izby powyższe oznacza tyle, że informacje zebrane w ten sposób zostały przygotowane i dobrane w szczególności na potrzeby tego określonego postępowania. Tym samym ów zbiór danych, w takiej samej konfiguracji, nie będzie przydatny w przypadku ubiegania się o inne zamówienia publiczne. Jak wielokrotnie podkreślała Izba w swoich orzeczeniach wartość gospodarczą może stanowić jedynie taki zbiór danych dotyczących wykonawcy, który może być przez niego wykorzystany w przyszłości, nie zaś jak w tym przypadku wyłącznie raz.

Nie zasługiwała także na uwzględnienie argumentacja ASEC w zakresie, w jakim wywodził, że na ochronę zasługują informacje o kontrahentach i dostawcach, a w szczególności wysokość uzyskanych przez niego upustów. Jak już zauważono powyżej okoliczność, że sporządzając swoją ofertę wykonawca musi dokonywać zakupów materiałów i usług, oraz posiłkować się w tym zakresie ofertami pozyskiwanymi od wykonawców, negocjuje z nimi warunki i zasady dostaw, samo w sobie nie przesądza jeszcze o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Co warte zauważenia, ASEC powołując się na szczególne warunki, na jakich pozyskuje urządzenia i materiały dla realizacji przedmiotowych usług a jednocześnie, jako dowody potwierdzające realność zaproponowanej ceny, przedstawia w załączeniu przykładowe oferty urzędzeń, prezentując wydruki ze stron internetowych. Oznacza to, że zakupy na potrzeby tego zamówienia dokonywane będą w oparciu o oferty powszechnie dostępne, za ceny oferowane wszystkim potencjalnie zainteresowanym wykonawcom.

Mając na uwadze powyższe należało stwierdzić, że ASEC w treści uzasadnienia nie wykazał, że spełnione zostały przesłanki uzasadniające objęcie złożonych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd przedmiotowe należało odtajnić.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: