Sygn. akt: KIO 735/22

WYROK

z dnia 6 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 kwietnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2022 r. przez wykonawcę ENERGOKON-PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu

przy udziale wykonawcy Polbud P. sp. z. o. o. z siedzibą w Mogilnie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 3 zamówienia, ujawnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Polbud P. sp. z o.o. z siedzibą w Mogilnie jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 r. oraz dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 lutego 2022 r.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ENERGOKON-PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu na rzecz wykonawcy

ENERGOKON-PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 późn. 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 735/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp"), pn. „roboty budowlane z podziałem na części, w tym: część 3: wykonanie robót rozbiórkowych nieukończonych budynków: mieszkalnego znajdującego się na działce o numerze 16/13 w miejscowości Osówiec, gmina Orchowo, powiat słupecki; wykonanie robót rozbiórkowych budynku gospodarczego znajdującego się w na działce o numerze 16/30 w miejscowości, Osówiec, gmina Orchowo, powiat słupecki wraz z wykonaniem geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej", numer sprawy: POZ.WOP.260.4.2022 / poprzedni numer POZ.WOP.260.59.2021. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 grudnia 2021 r., za numerem 2021/BZP 00336856/01.

W dniu 14 marca 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca ENERGOKON-PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec: wyboru jako najkorzystniejszej w części 3 postępowania oferty wykonawcy Polbud P. sp. z. o. o. z siedzibą w Mogilnie - dalej Przystępujący oraz zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Polbud w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 r. oraz w odpowiedzi na dodatkowe wezwanie z dnia 16 lutego 2022 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

pzp:

1. 239 ust. 1 ustawy pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Polbud jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy wyjaśnienia tego wykonawcy złożone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśniania rażąco niskiej ceny zostały bezpodstawnie uznane za dokumenty niejawne zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy Polbud nie wykazał, że ww. dokumenty zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913);

2. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez błędne uznanie za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Polbud, wskutek czego doszło do zaniechania ujawnienia Odwołującemu całości wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez Polbud w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 r. wraz z ewentualnymi dowodami oraz wyjaśnień złożonych przez Polbud w odpowiedzi na dodatkowe wezwanie z dnia 16 lutego 2022 r.;

3. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Polbud w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 r. wraz z ewentualnymi dowodami oraz wyjaśnień złożonych przez Polbud w odpowiedzi na dodatkowe wezwanie z dnia 16 lutego 2022 r., w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

ewentualnie, również:

4. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez

wykonawcę Polbud w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 r. wraz z ewentualnymi dowodami oraz wyjaśnień złożonych przez Polbud w odpowiedzi na dodatkowe wezwanie z dnia 16 lutego 2022 r. w formie przetworzonej (zanonimizowanej), tj. po uprzednim ukryciu, zamazaniu danych osobowych lub nazw klientów (firm / przedsiębiorstw), z którymi współpracuje Polbud lub innych informacji zawierających tajemnice przedsiębiorstwa, z zachowaniem wymagań ochrony danych osobowych, o których mowa w art. 18 ust. 6 ustawy pzp.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

2) ujawnienia Odwołującemu (odtajnienia) informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez Polbud w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 r. wraz z ewentualnymi dowodami oraz wyjaśnieniach złożonych przez Polbud w odpowiedzi na dodatkowe wezwanie z dnia 16 lutego 2022 r. wraz z dowodami;

3) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w dniu 24 stycznia 2022 r. Zamawiający skierował do wykonawców (w tym m.in. do Polbud) wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 28 stycznia 2022 r. wykonawca Polbud przedstawił wyjaśnienia, co do których zastrzegł, iż nie podlegają one ujawnieniu ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa. Wystąpienie wykonawcy pełne jest ogólnikowych stwierdzeń oraz zapewnień i oświadczeń niepopartych jakimikolwiek dowodami. Uzasadnienie ma charakter ogólny i nieskonkretyzowany do przedmiotowego zamówienia. Ze względu na ogólny charakter analogiczne uzasadnienie mogłoby być sporządzone i złożone przez wykonawcę Polbud w jakimkolwiek innym postępowaniu, i w odniesieniu do jakichkolwiek innych informacji. Jeżeli zaś chodzi o cześć wstępną (pkt II wyjaśnień RNC), to stanowisko wykonawcy Polbud sprowadza się do zakwestionowania cen pozostałych droższych ofert oraz szacunków Zamawiającego jako oczywiście przeszacowanych. Ponadto, wyjaśnienia skupiają się na przytoczeniu szeregu fragmentów orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej lub Sądów Powszechnych oraz gołosłownych zapewnieniach, że cena oferty Polbud jest ceną rynkową.

Odnosząc się do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w punkcie V „wyjaśnień" złożonych przez Polbud w piśmie z dnia 28 stycznia 2022 r. Odwołujący podniósł, że wykonawca nie wykazał, że informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w całości mogą zostać potraktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Na wstępie Odwołujący wskazał, że o ile wymienione poniżej informacje w postaci: danych osobowych pracowników, nazw klientów (firm / przedsiębiorstw), z którymi współpracuje Polbud, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o tyle zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w pozostałej części stanowi nadmierne ograniczenie jawności postępowania. W pozostałym zakresie - informacje podane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 28 stycznia 2022 r.

- kluczowe do oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny - w tym uzasadnienie kosztów, kalkulacja cenowa oraz dane zawarte w ewentualnych dowodach załączonych do wyjaśnień

- nie stanowią informacji, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odwołujący wskazał, że roboty rozbiórkowe stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia mają charakter standardowy. W tym przypadku nie występuje więc możliwość powoływania się na innowacyjną metodę wykonania zamówienia, szczególne „know-how" dostępne wyłącznie wykonawcy Polbud, którego ujawnienie mogłoby narazić tego wykonawcę na szkodę. W przypadku robót rozbiórkowych podstawowymi składnikami kosztowymi są m.in.: koszty pracy ludzi, koszty pracy sprzętu (w tym zakup paliwa), koszty utylizacji odpadów, koszty zakupu materiałów zasypowych. Informacje o średnich wartościach tych kosztów są powszechnie dostępne. Dodatkowo, wykonawca ponosi koszty

transportu, koszty zatrudnienia kierownika budowy lub kierownika robót, koszty organizacji i utrzymania zaplecza budowy, koszty zakwaterowania lub koszty dojazdu pracowników na budowę oraz ewentualne koszty wykonania projektu tymczasowej organizacji ruchu czy też koszty zajęcia pasa drogowego. Z punktu widzenia należytego wykonania zamówienia znaczenie mają nakłady ilościowe tych składników kosztowych, które powinny wynikać z kalkulacji ceny oferty. Odwołujący powinien mieć możliwość weryfikacji w szczególności uzasadnienia kosztów oraz kalkulacji cenowej - w szczególności w zakresie analizy, czy koszty pracy zostały przyjęte na poziomie nie niższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Odwołujący powinien również uzyskać możliwość weryfikacji zanonimizowanych dowodów kosztowych. W szczególności - powinien móc przeanalizować, czy dowody załączone do wyjaśnień noszą bieżące daty i dotyczą aktualnych stawek kosztowych, czy też - przedstawiono dowody nieaktualne - odnoszące się do stawek nierynkowych. Zasada jawności powinna być ściśle przestrzegana zarówno przez zamawiających, jak i wykonawców. Dzięki temu wykonawcy będą mieli możliwość weryfikacji wyceny kosztów realizacji zamówienia, zagwarantowana będzie rzetelna i obiektywna analiza ofert. Stan faktyczny przedstawiony w postępowaniu może prowadzić do tego, że Polbud będzie realizował zamówienie w sposób nieprawidłowy, znajdując w sposób nieuprawniony oszczędności, aby zmieścić się w nieprawidłowo skalkulowanych kosztach realizacji zamówienia. Odwołujący podkreślił, że jeśli wykonawca preferuje nie upubliczniać pewnych informacji, nie oznacza to, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tego względu Zamawiający nie powinien bezkrytycznie przyjmować wyjaśnień Polbud, ale dokładnie zweryfikować otrzymane informacje, biorąc pod uwagę obiektywne przesłanki. Zdaniem Odwołującego niedopuszczalne jest przyjmowanie przez Zamawiającego - jako prawidłowego - takiego działania wykonawcy Polbud, które polega na zastrzeganiu tajemnicą przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które nie mogą być chronione. W takiej sytuacji Zamawiający powinien ujawnić określoną treść dokumentów, która zostały w sposób nieuprawniony zastrzeżona przez wykonawcę, z wyłączeniem tych informacji, które rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokonanie powyższej czynności nie wymaga skomplikowanych zabiegów ze strony Zamawiającego, który „informacje wrażliwe" może zwyczajnie „zasłonić" czy też wymazać. Odwołujący wskazał, że ujawnienie przez Polbud analogicznych wyjaśnień RNC złożonych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia - powoduje brak możliwości wskazywania, że: zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób; uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Mając na uwadze definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie. W świetle orzecznictwa przyjąć należy, że obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Powołał się na wyrok z dnia 13 lipca

2018 r., KIO 1281/18, wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2018 r, KIO 1471/18.

W ocenie Odwołującego wykonawca Polbud nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji - w przypadku przedmiotowego zamówienia, tj. robót wyburzeniowych - należałoby wykazać, jaką wartość gospodarczą posiada uzasadnienie kosztów wykonania rozbiórki, kalkulacja cenowa, jak również jednostkowe dowody, które ewentualnie mogły zostać załączone do tych wyjaśnień. Powołał się na wyrok z 13 lutego

2019 r., KIO 185/19. Wykonawca Polbud nie wykazał szkody, jaka wiąże się z ujawnieniem zastrzeżonych informacji. Całkowicie niewiarygodnie brzmi fragment na str. 10 wyjaśnień (pkt V ppkt 10), zgodne z którym, ujawnienie klientów wykonawcy Polbud wraz danymi pozwalającymi ustalić termin / okres realizacji umów „umożliwia albo umożliwia i ułatwia przejęcie tych klientów przez przedsiębiorstwa konkurencyjne". Wszak rynek robót rozbiórkowych bazuje na dużych kontraktach zawieranych na zasadzie zamówień publicznych, zaś małe mniejsze zlecenia wykonuje się z reguły lokalnie aby zminimalizować koszty logistyczne. Na tym rynku nie występuje w zasadzie zjawisko ekspansji czy też rozwoju dużych ponadregionalnych podmiotów. Stąd też twierdzenia Polbud na temat obawy „przejęcie klientów" należy uznać za całkowicie nieuzasadnione w świetle zasady jawności postępowania przetargowego. Wykonawca nie wykazał również, że w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Uzasadnienie zawierało jedynie ogólne stwierdzenia dotyczące jej zachowania. Po raz kolejny Odwołujący wskazał, że uzasadnienie wykonawcy ma charakter ogólny, wykonawca posługuje się ogólnymi stwierdzaniami dotyczącymi zachowania informacji w poufności, bez odniesienia do konkretnego postępowania i konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach. W szczególności, twierdzenie na temat „rygorystycznej polityki bezpieczeństwa" czy też załączenie dokumentu pod nazwą „Zasady postępowania z danymi stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa - potwierdzających spełnienie przedmiotowej przesłanki wynikającej z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji - ma charakter pozorny. Wykonawca nie wykazał, że kiedykolwiek doszło do zawarcia umów o zakazie konkurencji czy też zawarcia odpowiednich postanowień w umowach o pracę czy umowach z podwykonawcami.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy pzp obowiązkiem wykonawcy Polbud było wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający, jako podmiot dokonujący oceny skuteczności dokonanego zastrzeżenia, powinien z należytą starannością zbadać, czy wykonawca wykazał spełnienie każdej z przesłanek, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (por. wyrok KIO z dnia 13 marca 2018 r. o sygn. akt: KIO 315/18). W ocenie Odwołującego możliwość nieujawnienia informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy więc traktować jako sytuację wyjątkową, a podstawy do skorzystania z niej traktować zawężająco, w przeciwnym bowiem razie jawność postępowania i wynikające z niej wartości i gwarancje nie byłyby realizowane. Tym samym nie można zgodzić się z dostrzeganą m.in. w praktyce orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej skłonnością wykonawców, a niekiedy też zamawiających, do liberalnego traktowania przesłanek faktycznych i prawnych warunkujących objęcie przedstawianych przez wykonawców informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym stanie faktycznym - Zamawiający nie przeanalizował należycie, czy w przypadku robót rozbiórkowych objętych zamówieniem - informacje o składnikach kosztowych (bez podania danych osobowych, nazw firm), kosztach ogólnych oraz zysku wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia - mogą stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Na koniec Odwołujący wskazał - za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2021 r., KIO 2067/21 - iż podkreślenia wymaga, że przepis art. 18 ust. 3 ustawy pzp dopuszcza możliwość nieujawniania informacji, nie zaś dokumentów jako takich. Gdyby zatem w wyjaśnieniach Polbud znalazły się jednak jakieś informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa bądź chronione według odrębnych przepisów (np. informacje niejawne, dane osobowe itp.) wówczas obowiązkiem Zamawiającego jest udostępnienie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez Polbud w formie odpowiednio przetworzonej, np. zanonimizowanej, tj. po uprzednim ukryciu, zamazaniu danych osobowych pracowników lub nazw klientów (firm / przedsiębiorstw), z którymi współpracuje Polbud lub innych prawem chronionych informacji niejawnych zawartych w tych wyjaśnieniach oraz załącznikach.

Odwołujący dwukrotnie wnioskował do Zamawiającego o przynajmniej częściowe odtajnienie wyjaśnień RNC składanych przez Polbud. Dowodem są pisma pełnomocnika Odwołującego z dnia 11 marca 2022 r. (wraz z odpowiedzią Zamawiającego) oraz z dnia 14 marca 2022 r. (bez odpowiedzi). Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę. Z zarzutami omawianymi wcześniej koresponduje zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co polegało na bezzasadnym utajnieniu zasadniczej części wyjaśnień RNC złożonych przez Polbud. Takie preferencyjne traktowanie Polbud odbyło się bowiem z naruszeniem interesu pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji RP prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłączenie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 18 ust. 3 ustawy pzp.

W dniu 30 marca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów

ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Polbud P. sp. z. o. o. z siedzibą w Mogilnie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Pismem z dnia 24 stycznia 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Pismem z dnia 28 stycznia 2022 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, które w części zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący wraz z wyjaśnieniami uzasadnił zastrzeżenie w następujący sposób: „Zastrzegam, iż nie może być udostępniany fragment wyjaśnień ceny zawarty w pkt IV — powyższe zastrzeżenie dokonywane jest zgodnie z dyspozycją art. 18 ust. 3 pzp. 1. Dokumenty ww. zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w szczególności w rozumieniu art. 11 ust. 2 tej ustawy. 2. Wyjaśniam, iż w niniejszym piśmie (o ile nie wskazano inaczej) pojęcia informacja i dokument używane są zamiennie. 3. Wyjaśnienia dotyczą każdego z dokumentów i informacji, co do których Wykonawca — realizując swe ustawowe uprawnienie wyrażone m.in. w art. 18 pzp zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. a. Utajnienie w całości ww. dokumentów oraz informacji, jest konieczne ze względu na ochronę zawartej w nich tajemnicy przedsiębiorstwa. b.

Informacje zawarte w dokumentach mają charakter organizacyjny, technologiczny i techniczny oraz handlowy, tym samym przejawiają dla Wykonawcy wartość gospodarczą, nie były wcześniej ujawniane a w wyniku wdrożenia stosownych procedur ich treść jest znana niewielkiej i określonej liczbie osób. 4. Zasada jawności procedur o zamówienie publiczne doznaje wyjątków. Nie ujawnia się danych w przypadkach określonych w ustawie. Oprócz wprost wskazanej w pzp ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: z dnia 9 lutego 2018 r. Dz.U. z 2018 r, poz. 419) dalej: uznk chodzi też m.in. o ustawę z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych, ustawy kreujące ochronę tajemnicy zawodowej (adwokacka, lekarska etc.), tajemnica bankowa ubezpieczeniowa oczywiście nie jest to lista pełna. O wadze ustawodawcy jaką przywiązuje do kwestii związanych z tajemnicą jest choćby to, że Krajowa Izba Odwoławcza w toku kontradyktoryjnego procesu może zgodnie z art. 545 pzp wyłączyć jawność rozprawy oraz ograniczyć prawo wglądu do materiału dowodowego jeżeli groziłoby to ujawnieniem informacji chronionych na podstawie odrębnych przepisów. 5. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pod pojęciem tajemnica przedsiębiorstwa rozumie 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. 6. Nie jest kwestionowane stanowisko judykatury (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 304/00) zgodnie z którym informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: a. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa i posiada wartość gospodarczą a więc dotyczy sposobów wytwarzania i świadczenia usługi, formuł chemicznych, wzorów i metod działania, obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem

produkcyjnym, b. nie została ujawniona do wiadomości publicznej, czyli taka która jest nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, c. przedsiębiorca (tu: Wykonawca) podjął w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności — chodzi tu o element woli, o chęć „ukrycia" informacji; fakt, iż konkretnymi danymi dysponuje ograniczone grono osób nie stanowi przeszkody w uznaniu informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa o ile osoby te zostały zobowiązane do dyskrecji; orzecznictwo sądowe nie wymaga tu stosowania skomplikowanych i rozbudowanych procedur. 7. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa jest definiowane nie tylko w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ale także w art. 39 tzw. Porozumienia TRIPS — które stanowi część porządku prawnego Rzeczpospolitej i musi być brane przy ocenie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Porozumienie

stanowi, iż: (...) 8. Podsumowując, zastrzeżone informacje spełniają wszelkie przesłanki do objęcia ich ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk i jednocześnie zastrzeżone informacje stanowią tajemnice również na gruncie Porozumienia TRIPS. 9. Zastrzeżone informacje posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą, gdyż stanowią o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy nad pozostałymi wykonawcami (.) tak: KIO m.in. w nadal aktualnym - wyroku z dnia 16 września 2015r. sygn. akt KIO 1901/15, KIO 1922/15. 10. Ujawnienie klientów Wykonawcy wraz danymi pozwalającymi ustalić termin/okres realizacji umów umożliwia albo umożliwia i ułatwia przejęcie tych klientów przez przedsiębiorstwa konkurencyjne. Ewentualne ujawnienie omawianych informacji umożliwi zdobycie, przez podmioty konkurencyjne, wiedzy, która może w istotny sposób wpłynąć na ich szerokorozumianą pozycję handlową względem Wykonawcy. Pozostali Wykonawcy zdobędą wiedzę, którą będą mogli wykorzystać w innych postępowaniach, co sposób bezpośredni może narazić Wykonawcę na szkodę. 11. Zastrzeżone informacje pokazują sposób realizacji zamówień (termin, okres) oraz ceny. 12. Zgodnie z dyspozycją art. 18 ust. 3 pzp nie jest dopuszczalnym żądanie by w poufności pozostały dane wskazane w art. 222 ust. 5 pzp, czyli informacje o: nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte oraz cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Zgodnie z definicja ustawową zawartą w art. 7 pkt 1 (.) 13. Zastrzeżone informacje są poufne, a jednocześnie Wykonawca podjął w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. 14. Utajnione informacje nigdy nie były i nie są udostępniane do wiadomości publicznej i nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzaje. informacji i nie są dostępne dla takich osób. Są one tajemnicą dla podmiotów trzecich i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. 15. Ujawnienie nawet fragmentu zastrzeżonych informacji może stanowić podstawę dla skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. 16. Art. 11 ust. 3 - 4 uznk uznaje, iż pozyskanie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, chyba że następuje za zgodą przedsiębiorcy chroniącego tę informację: (.) 17. Wykonawca nie wyraża zgody na udostępnianie informacji i nie wyraża zgody na rozporządzanie tymi informacjami -przez Zamawiającego i jakąkolwiek osobę trzecią. 18. Wykonawca stosuje rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez m.in. zawieranie odpowiednich postanowień w umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami oraz umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi, podwykonawcami etc. 19. Dodatkowo, ze względu na istotne zwiększenia ryzyka ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w związku z udziałem Wykonawcy w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, wprowadzono załączone Zasady postępowania z danymi stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z rygorystycznie przestrzeganą polityką bezpieczeństwa, nie ujawnia się m.in. żadnych informacji ofert, danych analitycznych kalkulacji etc. 20. Informacje poufne przechowywane są zabezpieczone przed dostępem osób nieuprawnionych. Dostęp do ww. informacji posiada wyłącznie wąskie grono osób przygotowujących konkretną ofertę."

Pismem z dnia 16 lutego 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień „i doprecyzowanie następujących kwestii: 1) o przedłożenie wspomnianego w punkcie 10 (str.3) wyjaśnień szacunku, 2) wyjaśnienie czego dotyczy zapis w punkcie 13 (str. 6) dotyczący żwirowania skoro przedmiotem zamówienia są rozbiórki, 3) przedłożenie kalkulacji własnej pozycji kosztorysowych zasypywania wykopów spycharkami wraz z dowiezieniem piasku."

Pismem z dnia 20 lutego 2022 r. Przystępujący złożył dalsze wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz nie dołączono uzasadnienia w tym zakresie.

Pismem z dnia 9 marca 2022 r. Zamawiający w odpowiedzi na pismo Odwołującego z dnia 8 marca 2022r. o udostępnienie załączników do protokołu przesłał oferty oraz korespondencję m.in. z Przystępującym i jednocześnie zaznaczył, że częściowe wyjaśnienia dotyczące rażącej ceny zostały skutecznie zastrzeżone, przez Wykonawcę Polbud P. sp. z. o. o., tajemnicą przedsiębiorstwa i podlegają zakazowi ujawniania.

Pismem z dnia 11 marca 2022 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie pozostałej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego, które w ocenie Odwołującego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 11 marca 2022 r. Zamawiający poinformował, że „podtrzymuje swoje stanowisko określone w piśmie z dnia 09.03.2022r., że częściowe wyjaśnienia (14 stron) Wykonawcy Polbud P. sp. z. o. o. zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i podlegają zakazowi ujawnienia."

Artykuł 18 ust. 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5."

W myśl art. 74 ust. 1 ustawy pzp: „Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek."

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia."

Na wstępie wskazania wymaga, że w świetle art. 11 ust. 2 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Podkreślić należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, mającą zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. W odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK zasada ta doznaje ograniczenia, pod warunkiem, że wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może natomiast zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5, a więc o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte, a także cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Co istotne, aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK (wartość gospodarcza informacji, okoliczność, że nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą zostać spełnione łącznie. Jak wskazano w wyroku KIO 589/21 z dnia 22 marca 2021 r.: „Dla zachowania poufności informacji konieczne jest to, aby nie była to informacja łatwo dostępna. W ocenie Izby odpadnięcie tej przesłanki powoduje, że informacja traci walor tajemnicy przedsiębiorstwa." Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od naczelnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazania wymaga, że transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Tym samym powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, a mianowicie konieczności ujawnienia części informacji dotyczących prowadzonej przez nich działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w

postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18).

Jak wynika z treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zwrócić uwagę na nałożony przez Ustawodawcę obowiązek wykazania, który oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za wykazanie nie może zostać uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 UZNK oraz do przywołania treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp. Ustawodawca w art. 18 ust. 3 ustawy pzp wskazał również na moment, w którym powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. Stwierdzenie: „jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał" oznacza, że wykazanie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, dla uznania skuteczności zastrzeżenia, musi nastąpić równocześnie ze złożeniem dokumentów zawierających tajemnicę.

Zaznaczyć należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie sporu przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane przez siebie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest też rolą zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2551/21 oraz KIO 2573/21).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba w pierwszej kolejności poddała ocenie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny złożonymi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 r. Analiza uzasadnienia doprowadziła Izbę do przekonania, że zastrzeżenie jest nieskuteczne z uwagi na niewykazanie przesłanek pozwalających na uznanie zastrzeganych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zaznaczyć należy, że Przystępujący zastrzegł część IV wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a także wszystkie załączniki do wyjaśnień włącznie z dokumentem: Zasady postępowania z danymi stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby przedstawione uzasadnienie charakteryzuje się wysokim stopniem ogólności, a poszczególne oświadczenia Wykonawcy co do spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały powiązane z konkretnymi informacjami przekazanymi Zamawiającemu w złożonych wyjaśnieniach, co prowadzi do uznania, że w zasadzie mogłyby zostać przedstawione w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

We wstępnej części uzasadnienia Przystępujący odwołuje się do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, przytacza stanowiska doktryny i orzecznictwa, a także upatruje wartości gospodarczej informacji już z samej okoliczności, że są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne i handlowe, przy czym Wykonawca nie precyzuje, które konkretnie informacje w wyjaśnieniach posiadają taki charakter. Dalej Wykonawca wskazuje, że zastrzeżone informacje stanowią o jego przewadze konkurencyjnej i dlatego posiadają dla Przystępującego wartość gospodarczą. Tymi informacjami, na które Przystępujący wskazał są klienci Wykonawcy, a także okres na jaki zawarto z nimi umowy oraz termin, okres, sposób realizacji zamówienia i ceny. Ich ujawnienie może w ocenie Wykonawcy spowodować szkodę po jego stronie z uwagi na ich wykorzystanie w innych postępowaniach przez Konkurentów, także poprzez przejęcie klientów Przystępującego.

W ocenie Izby przesłanka wartości gospodarczej przekazanych w wyjaśnieniach informacji nie została wykazana, a lakoniczne stwierdzenia Wykonawcy w uzasadnieniu nie referują

w sposób bezpośredni do poszczególnych treści zawartych w przekazanych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Przystępujący nie wykazał jak obiektywnie wiedza pozyskana na skutek ujawnienia danych informacji właściwych temu postępowaniu i przedmiotowi zamówienia, może przełożyć się na jej wykorzystanie w innym postępowaniu. Izba wskazuje, że obowiązkiem Przystępującego było wykazanie obiektywnej wartości gospodarczej zestawienia informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach, wartości sięgającej poza ramy tego konkretnego postępowania czy określonego elementu tych wyjaśnień, czemu Przystępujący nie podołał.

Wykonawca nie wskazał przede wszystkim, aby w wyjaśnieniach zostały przedstawione jakieś nowatorskie założenia technologiczne, czy też organizacyjne co do sposobu realizacji zamówienia, które nie byłyby znane innym wykonawcom działającym w branży budowlanej, a których poznanie mogłoby narazić Przystępującego na szkodę. Niewątpliwie termin, a także wymagania co do wykonania zamówienia zostały określone w SWZ, w tym OPZ i były znane wszystkim wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu. Jak wskazano w wyroku z dnia 6 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3334/21: „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).” Co do cen i kalkulacji przedstawionej przez Przystępującego, które zresztą stanowią szczątkową część wyjaśnień, to wskazać należy że są one ustalane i wyliczane w oparciu o skonkretyzowane przez Zamawiającego w SWZ warunki i wymagania realizacji przedmiotu zamówienia. Przystępujący nie wykazał, aby metodologia kalkulacji ceny w tym postępowaniu stanowiła istotne novum, a podane ceny były wynikiem jakichś poufnych negocjacji z innymi podmiotami, które można wykorzystać w każdym kolejnym postępowaniu. W szczególności za takie wykazanie nie można uznać lakonicznego stwierdzenia, że wyjaśnienia zawierają informacje o cenach, a ta wiedza pozwoli innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Jak słusznie wskazał Odwołujący, czynniki generujące koszty wykonania przedmiotowych robót budowlanych wynikają bezpośrednio z uwarunkowań wskazanych w OPZ w tym konkretnym postępowaniu, a wykonawcy dokonują wyceny w oparciu o indywidualne możliwości organizacyjne, kadrowe, techniczne, co powoduje że wykorzystanie założeń właściwych danemu wykonawcy w innym postępowaniu przez inny podmiot i uzyskanie w ten sposób przewagi konkurencyjnej jest mało realne, a takie twierdzenia niewiarygodne w świetle przedstawionego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego. Przystępujący nie przedstawił żadnej analizy ani związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy założeniami co do ceny, sposobu i terminu realizacji zamówienia a rzekomym ryzkiem poniesienia szkód finansowych. Izba nie odnalazła żadnych „innowacyjnych” ryzyk, których ujawnienie narażałoby Przystępującego na identyfikowalną stratę ekonomiczną. Wobec powyższego Izba uznała, że Wykonawca nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej względem zastrzeganych konkretnych informacji, a subiektywne przekonanie Przystępującego w tym zakresie nie mogło odnieść skutku w postaci uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się natomiast do informacji dotyczących klientów Przystępującego oraz okresu, na które zostały zawarte umowy Izba zwraca uwagę, że Wykonawca zaakcentował, że może w tym zakresie dojść do przejęcia klientów (przez co Wykonawca rozumie najprawdopodobniej podmioty z nim współpracujące), co negatywnie wpłynie na pozycję handlową Przystępującego. Izba skonfrontowała uzasadnienie w tym zakresie z informacjami zawartymi w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i zauważa, że po pierwsze jeden z tych podmiotów wskazuje na współpracę z wieloma firmami, a po drugie żaden z nich nie został zobowiązany do utrzymania w poufności faktu i warunków współpracy z Wykonawcą, a bynajmniej nie wynika to z przedłożonych przez Przystępującego wyjaśnień ani uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie przedłożono również żadnych dowodów potwierdzających, że informacje te są chronione przez obie strony. Izba podziela stanowisko przedstawione w wyroku z dnia 25 września 2020r., sygn.. akt KIO 2123/20 , iż „nie można traktować danych jego kontrahenta jako tajemnicę przedsiębiorstwa, który nie traktuje ich jako swojej tajemnicy przedsiębiorstwa”, a także w wyroku z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3361/21: „Wykonawca, który otrzymał oferty od podwykonawców na potrzeby postępowania o zamówienie publiczne nie może skutecznie zastrzec tych dokumentów jako tajemnicy swojego przedsiębiorstwa (jako adresat oferty) ponieważ dysponentem tych informacji jest także jej nadawca. (...) Chociaż o zastrzeżeniu informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego decyduje wykonawca (składający ofertę), to nie może on jednostronnie nadać klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, która pozostaje w dyspozycji jego podwykonawcy, który może swobodnie taką informacją dysponować.” Skoro więc Przystępujący nie wykazał, że posiada zawarte z „klientami” umowy o zachowaniu poufności, to Izba uznała, że nie wykazał on, że informacje pochodzące od tych podmiotów należy traktować jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Okoliczność potencjalnego przejęcia klientów ma więc charakter iluzoryczny, gdyż każdy przedsiębiorca, w

szczególności działający w branży budowlanej, a więc zainteresowany tego typu informacjami, może takie informacje łatwo uzyskać. Co więcej Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa do informacji, które w tym zakresie przedstawił i nie wykazał, aby stanowiły one jakieś szczególnie atrakcyjne, niedostępne innym wykonawcom warunki handlowe. Nie wynika to także z treści przedłożonych wyjaśnień. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieskuteczne również w tym zakresie.

Przechodząc do oceny kolejnej przesłanki dotyczącej braku wcześniejszego ujawniania informacji oraz podjęcia działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji, Izba wskazuje, że ogólność twierdzeń Odwołującego nie pozwala na przyjęcie, iż wykazał on spełnienie tej przesłanki. Nie można uznać za wystarczające oświadczenia Przystępującego w tym zakresie i stwierdzenia, że informacje te są tajemnicą przedsiębiorstwa dla innych osób. Uzasadnienie wskazuje wyłącznie na subiektywne przekonanie Przystępującego i wolę, aby informacje takie nie były udostępniane. Jak już zostało poniesione, Wykonawca składający ofertę w procedurze zamówień publicznych musi liczyć się z tym, że informacje w niej zawarte, a także w dokumentach składanych w tym postępowaniu będą jawne, a sama chęć zachowania pewnych informacji w poufności nie powoduje jeszcze, że mogą one stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby podjęcie działań mających na celu zachowanie w poufności nie zostało wykazane poprzez złożenie dokumentu: „Zasady postępowania z danymi stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa." skoro Przystępujący nie złożył żadnych dowodów potwierdzających, że pracownicy zostali zobowiązani do ich stosowania, chociażby w postaci zanonimizowanych umów z pracownikami. Przystępujący nie złożył również umów o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami czy o zachowaniu w poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi z Wykonawcą, na które się powoływał. Wykazanie przesłanki poufności sprowadzało się de facto do lakonicznego oświadczenia Wykonawcy, którego w żaden sposób nie można zweryfikować.

Dodać także należy, że aby skutecznie wykazać wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest skonfrontowanie ich z konkretnymi informacjami. Zastrzeżenie całego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa bez szczegółowego wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa względem poszczególnych informacji zawartych w danym dokumencie rodzi po stronie Wykonawcy ryzyko uznania zastrzeżenia za nieskuteczne. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu, gdyż Przystępujący zastrzegł część wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a także całe załączniki, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i przedstawił zbiorcze, ogólne stwierdzenia co do spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa względem wszystkich informacji zawartych w tych dokumentach bez ich konkretyzacji. Do większości zawartych w wyjaśnieniach i załącznikach do nich informacji Przystępujący w ogóle nie odniósł się w uzasadnieniu i nie podjął próby wykazania względem nich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym Wykonawca objął tajemnicą przedsiębiorstwa dokument: Zasady postępowania z danymi stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa nie wykazując jakichkolwiek przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK względem informacji w nim zawartych. Za skuteczne nie mogły zostać uznane ogólne, subiektywne twierdzenia co do istnienia przesłanek odnoszące się do wszystkich informacji.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 r. i niezasadnie uznał je skuteczne, co stanowiło naruszenie zasady jawności i przejrzystości postępowania, a także równości i uczciwej konkurencji w zakresie w jakim uniemożliwiło podmiotom konkurencyjnym, w tym Odwołującemu zapoznanie się z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny Przystępującego i ewentualne zakwestionowanie ich prawidłowości. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinno stanowić wyjątek od zasady jawności i ograniczać się wyłącznie do informacji, które łącznie spełniają wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK, a których Przystępujący nie wykazał.

Odnosząc się natomiast do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 lutego 2022 r. Izba stwierdziła, że Zamawiający niezasadnie odmówił przekazania Odwołującemu dodatkowych wyjaśnień Przystępującego skoro wyjaśnienia te nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego brak jest uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do informacji zawartych w wyjaśnieniach, a zatem Izba uznała, że takie uzasadnienie nie zostało złożone. Powyższe nie wynika również z treści złożonych wyjaśnień, ani z treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym. Podkreślić należy, że wykazanie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa musi zostać zamawiającemu przedstawione w momencie przekazania

informacji objętych zastrzeżeniem. Izba podziela stanowisko Przystępującego, że to wykonawca jako dysponent określonych informacji dokonuje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jeśli spełniają one przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK i przedstawia uzasadnienie takiego zastrzeżenia, a żaden podmiot, w tym zamawiający nie może czynić tego za wykonawcę. W tym kontekście wskazać należy, że Zamawiający nie stawił się na posiedzenie i rozprawę pomimo prawidłowego powiadomienia, a także nie odniósł się w złożonej odpowiedzi na odwołanie do okoliczności jakie spowodowały, że Zamawiający uznał dodatkowe wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa (Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone 14 stron wyjaśnień wraz z załącznikami, a więc 10 stron złożonych w odpowiedzi na pierwsze wezwanie i 4 strony złożone w odpowiedzi na drugie wezwanie). Zaznaczenia jednak wymaga, iż nieprawidłowym byłoby wywodzenie powyższego z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego wraz z pierwszymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, skoro powinno ono odnosić się do informacji przekazanych wraz z uzasadnieniem i wykazywać przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK względem tych informacji. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 6 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3334/21: „Jakkolwiek co do zasady zgodzić należy się z Zamawiającym, iż podstawą oceny, czy dane informacje zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa jest przedstawione przez wykonawcę uzasadnienie, to jednak w ocenie Izby czynność Zamawiającego zmierzająca do odtajnienia określonych informacji winna zostać dokonana całościowo z uwzględnieniem treści dokumentów złożonych przez wykonawcę. Zamawiający powinien bowiem kompleksowo zweryfikować twierdzenia danego wykonawcy wynikające z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i skonfrontować je z treścią złożonych dokumentów. Powyższe pośrednio wynika z treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który określa moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż winno to nastąpić wraz z przekazaniem zastrzeganej informacji.” Wykonawca nie miał wiedzy, czy będzie składał dodatkowe wyjaśnienia w postępowaniu i jaka będzie ich treść, dlatego też nie mógł dokonać zastrzeżenia „na przyszłość”. Zresztą takie zastrzeżenie nie wynika z uzasadnienia złożonego w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego. Przystępujący wskazał jednoznacznie, iż zastrzega fragment IV wyjaśnień, a co do załączników oznaczył, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie takie nie zostało poczynione względem informacji zawartych w dodatkowych wyjaśnieniach, dlatego też Zamawiający naruszył zasadę jawności i przejrzystości postępowania, a także równości i uczciwej konkurencji nie udostępniając ich Odwołującemu.

Izba uwzględniła złożone odwołanie w całości. Wskazania wymaga, że zarzut ewentualny niejako zawierał się w zarzutach głównych odwołania, a celem i żądaniem Odwołującego było ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego w całości, ewentualnie w wersji zanonimizowanej co do danych osobowych. Izba nie stwierdziła w wyjaśnieniach Przystępującego danych chronionych na podstawie odrębnych przepisów, a z uwagi na nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nakazała ujawnienie wyjaśnień w całości.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego i Przystępującego, że skoro Odwołujący nie podnosił zarzutów względem rażąco niskiej ceny to odwołanie nie mogło zostać uwzględnione z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania. Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania nie udostępniając Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień Przystępującego. Odwołujący nie mógł w wyniku powyższego dokonać skutecznej weryfikacji złożonych wyjaśnień i sformułować konkretnych zarzutów opartych o okoliczności faktyczne i dowody, odnoszące się bezpośrednio do treści wyjaśnień. W ocenie Izby Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Niezasadne i nielogiczne są zatem twierdzenia Przystępującego o konieczności formułowania zarzutów „w ciemno”. Zdaniem Izby możliwość wpływu naruszenia na wynik postępowania, w tym ocenę oferty Przystępującego, jest oczywista. Jeśli na skutek złożonego przez Odwołującego odwołania oferta Przystępującego zostałaby odrzucona, to nie będzie podlegała ocenie w kryteriach oceny ofert i nie zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Izba uznała w ślad za stanowiskiem przedstawionym w wyroku KIO 807/21, że wobec przepisów regulujących wnoszenie środków ochrony prawnej, dla skuteczności orzeczenia i sanacji działania Zamawiającego, konieczne jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie, biorąc pod uwagę fakt, że w konsekwencji Odwołujący będzie mógł negować wyjaśnienia Przystępującego oraz poziom zaoferowanej przez niego ceny, co może doprowadzić do weryfikacji badania oferty Przystępującego, Izba stwierdziła, że powyższe może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem spełniła się przesłanka art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 10.000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie, a więc do wysokości określonej w § 5 pkt 2 lit. b ww. Rozporządzenia.

Przewodniczący:.....