

Sygn. akt: KIO 911/23

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2023 r. przez wykonawcę H. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Remontowo – Usługowo – Handlowe „SPEKTRUM Gdańsk” H. K., ul. Przemyska 41E/9 80-103 Gdańsk w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Energia Ciepła S. A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Żłotej 59 (00-120 Warszawa)

przy udziale wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice spółki akcyjnej z siedzibą w Katowicach przy ul. Jankego 13 (40-615 Katowice) zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części odnoszącej się do zarzutu

zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Zakłady Remontowe Energetyki Katowice spółki akcyjnej z siedzibą w Katowicach

i nakazuje zamawiającemu PGE Energia Ciepła S. A. z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej toku uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przekazanych przez wykonawcę Zakłady Remontowe Energetyki Katowice spółkę akcyjną w piśmie z dnia 8 marca 2023 r.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża PGE Energia Ciepła S. A. z siedzibą

w Warszawie w części 1/3 oraz H. K. prowadzącego działalność

gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Remontowo – Usługowo – Handlowe „SPEKTRUM Gdańsk” H. K. w części 2/3 i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez H. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Remontowo – Usługowo – Handlowe „SPEKTRUM Gdańsk” H. K. tytułem wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego,
- 3.2. zasądza od PGE Energia Ciepła S. A. z siedzibą w Warszawie na rzecz tego odwołującego kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielania kwoty wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego.
- 3.3. W pozostałym zakresie znosi koszty pomiędzy stronami.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 911/23

Uzasadnienie

PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usuwanie awarii i usterek, wykonywanie remontów bieżących, planowych i modernizacji armatury zabudowanej na kotłach oraz instalacjach technologicznych kotłowni w PGE Energia Ciepła S.A.”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 października 2022 r. pod pozycją 2022/S 199-

567118 oraz zmienione poprzez sprostowanie opublikowane

w Dz. Urz. UE: 2022/S 216-619697 z dnia 9 listopada 2022 r.

W dniu 31 marca 2023 r. wykonawca H. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Remontowo – Usługowo – Handlowe „SPEKTRUM Gdańsk” H. K. w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu obejmujących:

1. zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Zakłady Remontowe

Energetyki Katowice S.A. i złożonych w ramach wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

2. zaniechania wezwania wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. do wyrażenia

zgody na wybór oferty po upływie terminu związania nią,

3. zaniechania odrzucenia wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A.,

4. wyboru oferty wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. jako

najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Ustawa), poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa, złożonych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, tj. treści wyjaśnień, załączników do nich, jak również ewentualnych załączników do uzasadnienia ww. zastrzeżenia, pomimo iż nie wykazano, że przedmiotowe dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa; .

2. art. 252 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. do wyrażenia zgody na wybór oferty po upływie terminu związania nią i wybór tejże oferty,

3. art. 226 ust. 1 punkt 13) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. pomimo iż nie złożył on na piśmie zgody na wybór jego oferty pomimo upływu terminu związania nią,

W oparciu o powyższe zarzuty i powołując się na przedstawiony interes, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny ofert,
4. odrzucenia oferty wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z uwagi na wybór

jego oferty pomimo upływu terminu związania nią,

W dalszej kolejności z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej norm Pzp i nieuwzględnienia wniosków wskazanych w punkcie 4 powyżej:

5. ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Zakłady Remontowe Energetyki

Katowice S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa, złożonych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, tj. treści wyjaśnień, załączników do nich,

6. wezwania wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. do złożenia na piśmie

zgody na wybór jego oferty pomimo upływu terminu związania nią.

W ocenie Odwołującego działania, jakie podjął i jakich zaniechał Zamawiający w postępowaniu czynią ponowny wybór oferty Wykonawcy wadliwym i bezprawnym, czyniąc niniejsze odwołanie koniecznym i zasadnym.

W szczególności w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej, Wykonawca ZREK dokonał zastrzeżenia jawności ogółu złożonych materiałów i wyjaśnień dot. zaoferowanej ceny, zaś Zamawiający bezkrytycznie podszedł do złożonych przez Wykonawcę ZREK wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że czynności Zamawiającego były w tym zakresie wadliwe, albowiem Wykonawca ZREK nie wykazał, że w istocie mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia złożone w tym zakresie miały bowiem, niezależnie od ich obszerności, charakter ogólnikowy i nie zostały poparte żadnymi dowodami, choćby materiałami źródłowymi o

charakterze wewnętrznym, nie wspominając o oświadczeniach osób trzecich, potwierdzających, że w istocie mamy do czynienia z informacjami podlegającymi ochronie. Odwołujący wskazuje w tym miejscu, że Wykonawca ZREK powołał się co prawda na istnienie takowych, niemniej

jednak nie zostały one przez Zamawiającego udostępnione, ewentualnie fakt ich złożenia nie został potwierdzony. Wykonawca ZREK przedłożył w ocenie Odwołującego materiał o charakterze „gotowca”, który całkowicie abstrahuje od treści i charakteru zastrzeganych informacji, zaś lwią część materiału to wycinki z uzasadnień orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej bez jakiegokolwiek odniesienia do konkretnych materiałów, ewentualnie treści wyjaśnień składanych przez niego. Odwołujący stwierdził, że idąc tropem zaprezentowanej przez Wykonawcę ZREK logiki każde rzetelne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinny – niejako automatycznie – stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i nie podlegać ujawnieniu, podczas gdy normy Pzp ani UZNK nie przewidują tego rodzaju kwalifikacji prawnej. Przeciwnie, o tajemnicy przedsiębiorstwa mowa może być wyłącznie w konkretnych, ujawnionych przez wykonawców przypadkach. W realiach niniejszej sprawy ten wymóg nie został spełniony, zaś lektura ujawnionego przez Zamawiającego uzasadnienia, nie daje nawet możliwości weryfikacji, jakiego rodzaju dokumenty czy też kalkulacje przedłożył Wykonawca ZREK. Zdaniem Odwołującego nie sposób przyjąć, że w stosunku do ogółu z nich zachodzą wskazane przesłanki ustawowe. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że siłą rzeczy odnosi się, z daleko posuniętej ostrożności, do różnego rodzaju dokumentów, co do których zakłada, że Wykonawca ZREK je złożył lub mógł złożyć.

W ocenie Odwołującego postępowanie Wykonawcy ZREK stanowi w istocie próbę wyłączenia dostępu Odwołującego do składanych przez niego dokumentów i uniemożliwienie mu kompleksowej polemiki z bezprawnymi działaniami Zamawiającego, zaś tego rodzaju działanie nie zasługuje na ochronę prawną, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.10.2021 r. (KIO 2837/21).

Odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu realnych i obiektywnych powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że hasłowe podanie ogólnikowych stwierdzeń ma za zadanie uniemożliwienie konkurencji weryfikacji sposobu kalkulacji ceny wykonawcy (wyroki: sygn. KIO 1933/19 z 15 października 2019 r. czy sygn. KIO 1878/19 z 10 października 2019 r.). Wykonawca powinien zatem zdaniem Odwołującego każdorazowo, w odniesieniu do każdej wykazanej umowy, którą chce zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa (przy czym Odwołujący zakłada, że Wykonawca ZREK przedłożył takowe), przedstawić zobowiązanie do zachowania poufności zgodnie ze stanowiskiem Izby w wyroku KIO 2368/18 z 3 grudnia 2018 r., zaś Wykonawca ZREK w ocenie Odwołującego nie spełnił ww. wymogów.

Na marginesie Odwołujący podniósł, że Izba wypowiedziała się negatywnie w zakresie możliwości zastrzeżenia informacji o podwykonawcach wskazując na wyrok sygn. KIO 466/19 z 4 kwietnia 2019 r.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca ZREK nie wykazał ponadto, jakoby ujawnienie zastrzeżonych informacji dawało jego konkurentom wgląd w stosowane przez niego rozwiązania technologiczne i know-how. Po pierwsze, Wykonawca ZREK w żaden sposób nie wykazał, że złożony przez niego materiał obejmuje jakiegokolwiek jego autorskie rozwiązania (na poparcie wskazano wyrok Izby z 17 grudnia 2018 r. sygn. KIO 2498/18). Podobnie zdaniem Odwołującego tajemnicy 5

przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymogom postawionym przez zamawiającego (tak wyrok sygn. KIO 2652/17 z 5 stycznia 2018 r.). Ponadto Odwołujący zauważył, że w opinii Izby, co do zasady, pojedyncze informacje o parametrach technicznych nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ale zbiór pojedynczych parametrów już może być uznany za informację podlegającą ochronie (wyrok sygn. KIO 2421/17 z 13 grudnia 2017 r.). Odnośnie do zastrzeżenia informacji cenowych Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok z dnia 12 kwietnia 2019 r., sygn. KIO 532/19.

Brak w ocenie Odwołującego również przesłanek, by na zasadzie automatyzmu wyłączać jawność kalkulacji ceny. Odwołujący zgadza się, że może ona wprawdzie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale pod warunkiem, że ma ona unikalny, autorski charakter i posiada elementy ją wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii. Odwołujący podkreślił, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda ustawowo chroniona tajemnica, ma charakter obiektywny, nie można zatem istnienia takiej tajemnicy subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, co dotyczy również informacji przedstawianych przez kontrahentów wykonawcy (por. wyrok KIO z dnia 13.04.2022 r., KIO 843/22), zaś Wykonawca ZREK nie wykazał tego rodzaju przesłanek w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący nie zgodził się z wyłączeniem jawności danych kooperantów lub pracowników Wykonawcy ZREK i powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (m. in. wyrok z dnia 24 maja 2019 r. sygn. KIO 860/19), aby skoryzować z omawianej przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca musiałby szczegółowo wykazać czy w ogóle zetknął się z taką praktyką, jakiej liczby osób w jego firmie to dotyczyło, a także czy wskazany w dokumentach składanych wraz z ofertą i na wezwanie Zamawiającego personel oraz jego doświadczenie miało charakter unikalny, wyjątkowo specjalistyczny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób, czy istotnie ograniczona na rynku jest liczba osób z doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego”.

Z kolei odnosząc się do zastrzeżenia informacji dotyczących pracowników uzasadnianych obawą przed “podbieraniem” pracowników przez konkurencję (ang. employee poaching) Odwołujący (wskazując na wyrok Izby z dnia 8 lutego 2019 r. sygn. KIO 92/19) podkreślił konieczność zachowania równowagi pomiędzy zasadą jawności postępowania a interesem podmiotu, którego pracowników dane w dalszym ciągu będą chronione. Zatem zdaniem Odwołującego, w ślad za orzecznictwem Izby za skutecznie zastrzeżoną należy uznać tylko informację dotyczącą danych personalnych i

podstawy dysponowania osobami, albowiem ma ona charakter organizacyjny i pozwala na ustalenie samodzielnych kompetencji wykonawcy, które niewątpliwie wpływają na jego pozycję na rynku. Sama zaś informacja o tym, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zapobiega podkupywaniu personelu pomiędzy konkurencyjnymi spółkami, nie stanowi wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz jest jedynie informacją o danej sytuacji faktycznej (wyrok z dnia 19 września 2018 r. sygn. KIO 1779/18). Ponadto Odwołujący w tym zakresie odwołał się także do wyroku z dnia 20 marca 2017 r. sygn. KIO 6

2113/16, wyroku z dnia 24 maja 2019 r. sygn. KIO 860/19 oraz wyroku z dnia 26 listopada 2018 r. sygn. KIO 2319/18.

Odwołujący podkreślił, że w treści uzasadnienia wyłączenia jawności wyjaśnień Wykonawca ZREK wskazał na materiały, które rzekomo obowiązują w jego przedsiębiorstwie, a które wykazać mają traktowanie określonych danych jako poufnych, jednak przedmiotowe materiały albo nie zostały dołączone do wyjaśnień, albo zostały również zastrzeżone jako tajemnica Wykonawcy ZREK.

W tym pierwszym przypadku zdaniem Odwołującego mamy do czynienia z niespełnieniem obowiązku z art. 18 ust. 3 Pzp, gdyż same twierdzenia wykonawcy nie mogą być bowiem postrzegane w kategoriach wykazania przedmiotowej przesłanki. Odwołujący podkreślił, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania”, oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie (por. wyrok KIO z dnia 24.01.2023 r., KIO 82/23, wyrok KIO z dnia 05.08.2022 r., KIO 1915/22). Ponadto odwołując się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.09.2022 r. (sygn. KIO 2252/22), Odwołujący podniósł, że za błędne należy uznać stanowisko jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazania pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 UZNK. Co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji, zaś wskazanie wartości gospodarczej może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może zostać też zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. Odwołujący stwierdza, że o ile w przypadku ujawnienia zastrzeżonych informacji mogłoby wystarczyć ogólne uzasadnienie odwołujące się do podstawowych zasad, o tyle już w przypadku uznania zastrzeżenia za skuteczne, uzasadnienie to powinno zawierać szczegółowe i drobiazgowo wyjaśnienie okoliczności i argumentów przemawiających za uznaniem zastrzeżenia jako skutecznego. W ocenie Odwołującego Wykonawca ZREK nie spełnił tych wymogów - nie tylko nie wskazał bowiem konkretnych wartości odnoszących się do podanych informacji, ale nie podał nawet, co jest przedmiotem zastrzeżenia.

W drugim z omawianych przypadków, Odwołujący stwierdził, że załączniki do uzasadnienia nie podlegają utajnieniu jako część tegoż uzasadnienia, a nie wyjaśnień. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być bowiem zdaniem Odwołującego chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż jest ono elementem jawnym i służy weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia nie znajduje zdaniem Odwołującego oparcia w przepisach UZNK, a zatem jako takie należy je uznać za bezskuteczne. Ponadto w ocenie Odwołującego trudno byłoby wskazać, co w samym uzasadnieniu mogłoby mieć wartość gospodarczą i 7

wymagać zachowania poufności, skoro uzasadnienie to służy jedynie do wykazania, dlaczego inne informacje, np. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, podlegają ochronie. Tym samym brak ujawnienia przez zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest niedopuszczalny i analogicznie jest to traktowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok z dnia 02.09.2022 r., sygn. KIO 2194/22).

W ocenie Odwołującego Zamawiający niesłusznie podszedł całkowicie bezkrytycznie do przedłożonego przez Wykonawcę ZREK wyjaśnień i dokonał utajnienia przedmiotowych materiałów, uniemożliwiając tym samym Odwołującemu kompleksową polemikę z treścią oferty Wykonawcy ZREK i podejmowanych w stosunku do niej działań. Zamawiający nie może w ocenie Odwołującego zaś doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie może bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje co do zasady mogą posiadać wartość gospodarczą, to wykonawca może być zwolniony z obowiązku wykazania, że faktycznie taką wartość gospodarczą posiadają. Odwołujący wskazał, że ciężar wykazania konieczności udzielenia informacjom ochrony przepisy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Zamawiający nie jest przy tym uprawniony do utajnienia informacji, które ze swej istoty czy charakteru mogłyby faktycznie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro wykonawca nie wykazał, że one taką tajemnicę stanowią. Takie działanie przeczy zasadzie jawności postępowania, jak również zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podniósł także, że zgodnie z zasadą jawności zamówień publicznych, ubiegający się o nie wykonawcy powinni liczyć się z tym, iż dokumenty przez nich składane co do zasady będą jawne. Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki skalkulowano cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów wykonawcy i zmniejszenia przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Zdaniem Odwołującego wykonawca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych na potrzeby tego jednego, konkretnego postępowania i pod jego wymagania konstruowanych miałyby powodować umniejszenie przewagi

konkurencyjnej w innych postępowaniach i z czego powyższe miałyby wynikać (Odwołujący wskazał w tym zakresie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.04.2022 r., sygn. KIO 843/22). Odwołujący podkreślił, że jest to szczególnie zasadne w niniejszym postępowaniu, gdzie każdy wykonawca zobowiązany był złożyć szczegółowe zestawienie cen jednostkowych, składających się na przedmiot zamówienia, a zatem zdaniem Odwołującego już na podstawie samych tych informacji (które zastrzeżeniu nie podlegają) każdy uczestnik postępowania może ustalić, na jakich polach jego konkurenci notują oszczędności, a na jakich odstają in plus od cen rynkowych.

Odwołujący podniósł ponadto, że sam wybór oferty Wykonawcy ZREK był obarczony kwalifikowaną wadą prawną. Odwołujący wskazał, że termin składania ofert został bowiem ustalony na 18.11.2022 r., a termin związania nimi na 07.02.2023 r. (punkt 19.1 SWZ), zaś wobec unieważnienia czynności wyboru Wykonawcy ZREK na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2023 r. sygn. KIO 183/23, uznaje się go za niebyły. Oznacza to zdaniem Odwołującego, że w dacie 21.03.2023 r. Wykonawca ZREK nie był związany swą ofertą, gdyż nie złożył oświadczenia o jej przedłużeniu, ani nie został ku temu wezwany przez Zamawiającego, do czego musiałoby hipotetycznie dojść przed 07.02.2023 r. Jak podkreślił Odwołujący opisane zaniechania nie uniemożliwiły wyboru oferty w postępowaniu, jednak konieczne było zwrócenie się do Wykonawcy ZREK o wyrażenie na piśmie zgody na wybór jego oferty w trybie art. 252 ust. 2 Pzp. Zaniechanie w tym zakresie nie może być zdaniem Odwołującego na obecnym etapie sanowane, albowiem termin na wyrażenie ww. zgody upłynął wraz z wyborem Wykonawcy ZREK.

W dalszej części Odwołujący wskazał, że w konsekwencji naruszenia prawa wskazanego powyżej, Zamawiający dokonał wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, gdyż bezwzględnie wymagany prawem warunek jej wyboru nie ziścił się. Bez znaczenia jest przy tym w ocenie Odwołującego, że Wykonawca ZREK nie miał możliwości wyrażenia przedmiotowej zgody, jako że nikt go o nią nie poprosił, gdyż rygor z art. 226 ust. 1 punkt 13) Pzp ma charakter obiektywny i abstrahuje od okoliczności braku zgody.

Zamawiający pismem z dnia 12 kwietnia 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej „Wykonawca ZREK” lub „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp..

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na Usuwanie awarii i usterek, wykonywanie remontów bieżących, planowych i modernizacji armatury zabudowanej na kotłach oraz instalacjach technologicznych kotłowni w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże (nr postępowania POST/PEC/PEC/ZNW/01063/2022). Jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była cena, ustalona jako suma poszczególnych świadczeń umownych, wskazanych w załączniku nr 7 do formularza oferty. Zamawiający określił w dokumentach zamówienia termin związania ofertą przez wskazanie daty 7 lutego 2023 r.

W toku postępowania oferty złożyło trzech wykonawców:

1. Odwołujący – na poziomie 4.766.804,81 PLN brutto – oferta sklasyfikowana została przez zamawiającego na drugim miejscu.
2. Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. (Wykonawca ZREK) – na poziomie 3.313.416,62 PLN brutto – oferta sklasyfikowana została przez zamawiającego na pierwszym miejscu.
3. ERBUD Industry Centrum Sp. z o.o. – na poziomie 5.408.943,15 PLN brutto – oferta sklasyfikowana została przez zamawiającego na trzecim miejscu.

Wartość zamówienia brutto wynosi, zgodnie z punktem 3 protokołu postępowania, 5.817.900,00 PLN.

Oferta wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 11 stycznia 2023 roku, kiedy to Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, w której wskazano, że „jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Wykonawcę: Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. ul. Gen. Jankego 13 40 – 615 Katowice.

Ww. wybór został zakwestionowany w odwołaniu złożonym dnia 23 stycznia 2023 r. przez H. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Remontowo-Usługowo-Handlowe „Spektrum Gdańsk” H. K., a następnie unieważniony na skutek uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z dnia 9 lutego 2023 r. (sygn. akt KIO 185/23). W wyroku tym Izba zobowiązała zamawiającego do zażądania od wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S. A. wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający wykonując wyrok Izby w dniu 2 marca 2023 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwał pismem z tego samego dnia wykonawcę ZREK do przedstawienia ww. wyjaśnień i dowodów. Wykonawca ZREK przedstawił wyjaśnienia wraz z dowodami w piśmie z dnia 8 marca 2023 r., zastrzegając jednocześnie, że wyjaśnienia zawarte w piśmie – informacje o kalkulacji ceny oferty, jak również treść dołączonych do niego załączników

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy ZREK lub podmiotów trzecich, od których pochodzą, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010, dalej: „UZNK”).

W dalszej kolejności Zamawiający pismem z dnia 21 marca 2023 r. przekazał informację o powtórzeniu wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z którą jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Wykonawcę ZREK.

W dniu 22 marca 2023 r. Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie oferty oraz innych dokumentów dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ZREK, w tym:

- dokumentację związaną z ponownym wyborem najkorzystniejszej oferty,
- pełną korespondencję w sprawie badania rażąco niskiej ceny między Inwestorem a Wykonawcą ZREK,
- inne dokumenty związane z wyborem Wykonawcy ZREK.

Zamawiający w odpowiedzi na wniosek w dniu 27 marca 2023 r. udostępnił protokół z postępowania aktualny na dzień 24.03.2023 r. wraz z załącznikami, informując zarazem, że udostępnienie oferty oraz innych dokumentów nie obejmuje wyjaśnień w zakresie ceny oraz jej istotnych części składowych, złożonych przez wykonawcę ZREK w dniu 08.03.2023 r. – na wezwanie z dnia 02.03.2023 r., gdyż wykonawca ZREK działając na mocy art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wraz z przekazaniem tych informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie Zamawiający przekazał jednocześnie streszczenie tych wyjaśnień.

Wykonawca ZREK dwukrotnie z własnej inicjatywy przedłużył termin ważności oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu: pismem z dnia 24 lutego 2023 r. do dnia 10 kwietnia 2023 r., a następnie pismem z dnia 6 kwietnia 2023 r. do dnia 8 maja 2023 r., przedkładając każdorazowo aneks do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium – odpowiednio do 8 kwietnia 2023 r. oraz 8 maja 2023 r.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 18 ust. 3 Pzp - Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), 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.

Art. 11 ust. 2. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. 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.

Art. 252 ust. 2 Pzp – Jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty.

Art. 226 ust. 1 pkt 13) – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny

złożonych przez wykonawcę ZREK w dniu 08.03.2023 r.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze, że zasada jawności postępowania ustanowiona w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp jest naczelną zasadą, na której oparte zostało postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Znajduje ona zastosowanie na każdym etapie postępowania. Celem jej wprowadzenia było nie tylko zapewnienie jawności działania podmiotów publicznych, ale również umożliwienie wykonawcom oraz wszystkim podmiotom zainteresowanym przebiegiem postępowania, zapoznania się z informacjami podanymi w jego toku. Podkreślenia wymaga, że z uwagi na transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych 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 podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zasada jawności może doznać ograniczeń wyłącznie w przypadkach opisanych w ustawie Pzp. Jedno z owych ograniczeń zostało przewidziane w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

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 (art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Co istotne, dla skuteczności zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie wszystkie przesłanki określone w ww. przepisie.

Wykonawca dokonujący zastrzeżenia poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zobowiązany jest wykazać spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Owo wykazanie powinno nastąpić wraz z przekazaniem zastrzeganych informacji. Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca posłużył się pojęciem „wykazał”, zatem nie może zostać uznane za wystarczające jedynie wskazanie, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy powołanie się na spełnienie tych przesłanek. Konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji. Okoliczności powoływane przez wykonawcę powinny mieć obiektywny charakter i być możliwe do zweryfikowania. Ponadto, w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że twierdzenia wykonawcy o czynnościach lub środkach, jakie podjął w celu zachowania określonej informacji w poufności, powinny zostać poparte dowodami.

W orzecznictwie ugruntowane jest także stanowisko, że wymóg wykazania wraz z przekazanymi informacjami, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, oznacza, że wykonawca, rezygnując z uzasadnienia zastrzeżenia informacji, z wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, a także w niezbędnym zakresie ze złożenia stosownych dowodów, rezygnuje z ochrony tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie, zamawiający nie jest uprawniony do zastępowania wykonawcy w takim wykazaniu. Zamawiający nie może w szczególności bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje, co do zasady, mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, to pozwala to zamawiającemu zwolnić wykonawcę z obowiązku wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa tego konkretnego wykonawcy. Zamawiający jest zobowiązany do weryfikacji skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji. Brak skutecznego wykazania przez wykonawcę wraz z przekazaniem informacji, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może być sanowany na późniejszym etapie.

W przedmiotowej sprawie Wykonawca ZREK w piśmie z dnia 8 marca 2023 r. przedstawił w szerokim zakresie rozważania natury teoretycznej dot. charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przesłanek które warunkują jej zastrzeżenie wraz z przywołaniem licznych orzecznictwa w tym zakresie. Izba zgadza się, że zarówno wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jak również poszczególne elementy takie jak sposób kalkulacji ceny, dane o czynnikach cenotwórczych oferty, partnerach handlowych, relacjach handlowych i warunki zawieranych przez niego umów itp. mogą stanowić 13

tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby jednak taki przymiot uzyskały i były tak traktowane, również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi zostać wykazane że spełniają one określone w ustawie przesłanki, jak również że podmiot uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął określone działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie okoliczności te nie zostały wykazane, a zatem nie została potwierdzona zasadność wyłączenia ich jawności jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności za wykazanie nie można uznać, samego stwierdzenia, że okoliczności związane z warunkami wykonywania zamówienia, metodami wykonywania zamówienia, przyjętymi przez Wykonawcę rozwiązaniami technicznymi, biznesowymi, planowanymi kosztami zamówienia (co składa się na sposób kalkulacji ceny oferty), stanowią dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania. Wskazać należy, iż wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem

powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym 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.

Zdaniem Izby, przystępujący nie odniósł się w sposób zindywidualizowany do wartości gospodarczej zastrzeżonych dokumentów i informacji w nich zawartych. Przystępujący wskazał, co prawda że zebranie informacji dotyczących cen ofert innych Wykonawców, ich analiza i ustalenie wniosków, wymaga zaangażowania zasobów ludzkich, sprzętu, co wiąże się z koniecznością poniesienia kosztów pracy osób wykonujących analizy. Proces polegający na zbieraniu danych (w perspektywie długoterminowej), ich ocenie, wysnuciu wniosków, a w konsekwencji na zestawieniu pozyskanych fragmentarycznych danych w całość stanowiącą de facto analizę finansową cen ofertowych na rynku, w zakresie konkretnej branży oraz charakteru zamówień niewątpliwie stanowi działanie generujące koszt po stronie wykonawcy i już chociażby z tego powodu ma ono wartość gospodarczą. Dodatkowo należy podkreślić, iż w/w zestawienie nosi elementy utworu - tego rodzaju dokument ma charakter autorskiego zestawienia i nie jest możliwy do pozyskania w przedłożonej formie z innego źródła. Wobec powyższego Wykonawca oświadcza, iż przedmiotowe dane jako efekt opisanych powyżej działań i poniesionych kosztów, stanowi znaczną wartość gospodarczą dla Wykonawcy, podlegającą ujawnieniu wobec jego konkurentów. W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości fakt, iż dane i informacje wskazane w niniejszych wyjaśnieniach stanowią dla Wykonawcy znaczącą wartość gospodarczą. Jednakże powyższy fragment należy potraktować jako opis podjęcia

uzasadnionej i rzetelnej pracy nad przygotowaniem oferty, co jeszcze nie oznaczało wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, szczególnie że tego rodzaju działania powinien podjąć każdy wykonawca uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu.

Przystępujący nie wykazał także w jaki sposób zostanie zaburzona konkurencja na rynku, w przypadku ujawnienia zastrzeżonych w tym postępowaniu konkretnych informacji oraz danych. Ponownie samo stwierdzenie, że ujawniając dane i informacje przekazane Zamawiającemu, w składanych wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny, Zamawiający de facto na koszt Wykonawcy pozwoliłby podmiotom konkurencyjnym uzyskać przewagę nad Wykonawcą, bez konieczności ponoszenia kosztów finansowych, konieczności wykorzystania własnych zasobów ludzkich, zasobów podmiotów trzecich, uwzględnienia ryzyk czasowych związanych z odpowiednim pozyskaniem danych (tj. wybór rzetelnego podmiotu do opracowania danych, ustalenie warunków wykonania stosownych opracowań, w tym w sposób adekwatny do potrzeb i specyfiki danych zamówień), poprzez umożliwienie wykorzystania danych zastrzeżonych nie może stanowić uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca z jednej strony wskazuje, że prowadziłoby to do uzyskania wymiernych korzyści w postaci oszczędności wynikających z braku potrzeby podejmowania działań zmierzających do pozyskania tego rodzaju informacji we własnym zakresie i własnym kosztem, a zarazem nie wykazuje jaka jest wartość gospodarcza tych korzyści i szkód, które spowodowałoby ujawnienie zastrzeżonych informacji. Ponadto w ocenie składu orzekającego, mając na uwadze treść oraz zakres informacji zawartych w załączniku nr 1 „Wyjaśnienie do kosztorysu”, nie wskazuje on na fakt, że stanowi on pomysł i koncepcje właściwe dla danego wykonawcy i posiadający elementy ją wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii.

Wykonawca ZREK nie wykazał także poza słownymi zapewnieniami za pomocą jakichkolwiek dowodów czy choćby rozbudowanej argumentacji, że ujawnienie zawartej w tym dokumencie metodyki przyjętej przy obliczaniu ceny oferty, a także informacje i dowody przedstawione jako uzasadnienie i potwierdzenie poprawności tej kalkulacji, spowodowałyby istotne straty związane z ujawnieniem polityki cenowej Przystępującego, jego polityki wynagrodzeń, poziomu marży, które składają się na całość informacji dotyczących zasad prowadzenia przez Przystępującego działalności gospodarczej. Analogicznie należy potraktować stwierdzenie, że na rynku o wysokiej konkurencji każda, nawet niewielka, odmienność w organizacji przedsiębiorcy, sposobie kształtowania kosztów, poziomach cen wynegocjowanych z kontrahentami może stanowić o jego przewadze konkurencyjnej, zaś wiedza o takiej odmienności stanowi informację poszukiwaną na rynku, zarówno w celu uniknięcia przez konkurencję własnych kosztów, jak i w celu wykorzystania „słabych” punktów konkurencji. Ponownie Wykonawca ZREK w tym zakresie poza ich podniesieniem nie przedstawił szczegółowych i drobiazgowych wyjaśnień okoliczności i argumentów przemawiających za uznaniem zastrzeżenia jako skuteczne czy też jakichkolwiek dokumentów na wykazanie stawianej tezy.

O charakterze informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa nie przesądza również sam fakt, że dana informacja nie była podana uprzednio do publicznej wiadomości. Istotne w tym 15

zakresie są działania jakie uprawniony (w tym wypadku Wykonawca ZREK) podjął w celu utrzymania ich w poufności. Również w tym zakresie Przystępujący pozostał na przedstawieniu zapewnień, że podejmuje zintensyfikowane i permanentne działania ukierunkowane na zapewnienie zachowania ich poufności i ochrony przed dostępem osób trzecich. Nie przedstawił natomiast jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby przedstawiane twierdzenia. Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy odwołał się do licznych uregulowań wewnętrznych, rzekomo istotnych z punktu widzenia zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, takich jak zintegrowany system zarządzania jakością (w oparciu o normę ISO 9001:2015), środowiskiem (w oparciu o normę ISO 14001:2015) i bezpieczeństwem, i higieną pracy (w oparciu o normę OHSAS 18001:2007), Politykę Ochrony Danych Osobowych, klauzule poufności w umowach z pracownikami i podmiotami współpracującymi czy regulamin pracy. Przystępujący nie przedstawił natomiast ich treści, jak również nie wskazał w jaki sposób znalazły one zastosowanie w odniesieniu do zastrzeganych informacji. Również treść dokumentów stanowiących załączniki do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w żadnym miejscu nie zawiera potwierdzenia zastosowania tych regulacji, polityk poufności, czy jakichkolwiek innych działań zmierzających do zachowania przedstawianych informacji w poufności. Wbrew twierdzeniom Przystępującego żaden z przedstawionych dokumentów nie zawiera sformułowanego przez Przystępującego i kierowanego do odbiorcy informacji zobowiązania do zachowania poufności przekazywanych im danych. W ocenie składu orzekającego za zobowiązanie takie nie może być

uznana standardowa treść klauzuli zawartej w stopce wiadomości mailowej o brzmieniu wiadomość może zawierać informacje poufne, przeznaczone do wyłącznej wiadomości adresata. Przeglądanie, przesyłanie, powielanie lub jakiegokolwiek inne wykorzystanie tych informacji przez osoby inne, niż te, dla których wiadomość była przeznaczona jest zabronione, w przypadku otrzymania tej wiadomości w wyniku błędu prosimy o poinformowanie nadawcy i wykasowanie wiadomości. Nie sposób odnaleźć w takiej treści zobowiązania na które wskazuje Przystępujący w treści uzasadnienia, jak również dochowania poprzez zawarcie wyłącznie takiej standardowej klauzuli stawianych przez art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymogów podjęcia wobec informacji działań z zachowaniem należytej staranności.

Izba uznała, że nie zostały również wykazane stwierdzenia Przystępującego, że dokumenty uzyskane dla potrzeb rynkowej wyceny zamówienia, stanowiące załączniki do niniejszych wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tych podmiotów na podstawie złożonych przez nich oświadczeń, w związku z czym Przystępujący jest również zobowiązany do zachowania ich poufności pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej. Wskazywane dokumenty nie zawierają w swojej treści oświadczeń podmiotów trzecich na które powołuje się Przystępujący, próżno również znaleźć w ich treści jakiegokolwiek wskazanie, że podmioty te traktują przedstawiane informacje za poufne, bądź aby wynikało z nich zobowiązanie Przystępującego do zachowania ich poufności pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej.

Wobec zaniechania wykazania przez Przystępującego zaistnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, że zaistniały podstawy do uznania zastrzeżenia informacji za nieskuteczne.

Izba nie uznała za zasługujące na uwzględnienie pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że w konsekwencji zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności wezwania zgodnie z brzmieniem art. 252 ust. 2 Pzp dokonano wyboru oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 13 Pzp. W szczególności nie może zyskać akceptacji argumentacja przedstawiona przez Odwołującego, że bez znaczenia jest fakt, że Przystępujący nie miał możliwości wyrazić przedmiotowej zgody, jako że nie wystąpiono do niego o taką zgodę. Przyjęcie takiej retoryki prowadziłoby to bowiem do sytuacji w której do odrzucenia oferty Przystępującego doszłoby wskutek okoliczności za które Przystępujący nie tylko nie ponosił odpowiedzialności i na które nie miał jakiegokolwiek wpływu, lecz wręcz ponosiłby on konsekwencje zaniechań zamawiającego w zakresie jego zobowiązań wynikających z przepisów ustawy (tj. wskutek braku wystosowania wezwania przez zamawiającego). Takie stanowisko stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami obowiązującymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, które stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z ustawy czy dokumentacji przetargowej. Nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie stanowisko, że przesłanki odrzucenia oferty, jako eliminacyjne, podlegają wykładni ścisłej i nie mogą być rozszerzane na sytuacje nie objęte zakresem przedmiotowym norm. Z brzmienia art. 226 ust. 1 pkt 13 Pzp wynika zaś jednoznacznie, że odrzucenie oferty może nastąpić jedynie w przypadku jeżeli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po terminie związania ofertą. Nieodzownym elementem w przypadku tej przesłanki odrzucenia jest zatem wystosowanie przez zamawiającego wezwania w trybie art. 252 ust. 2 Pzp, w odpowiedzi na które wykonawca miałby wyrazić stanowisko odnośnie podtrzymania woli zawarcia umowy o treści zgodnej z ofertą. W przedmiotowym postępowaniu bezsporne jest, że do Przystępującego nie zostało takie wezwanie skierowane, a tym samym nie powstało zobowiązanie Przystępującego do udzielenia odpowiedzi, której treść miałaby skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 13 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 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, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający. W takiej sytuacji Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę, której wysokość ustali przez obliczenie proporcji liczby zarzutów uwzględnionych przez Izbę do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, zaś koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i zamawiającym (§ 7 ust. 4 rozporządzenia).

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/3 i bezzasadne w pozostałej części (2/3).

Przewodniczącą: