Sygn. akt: KIO 912/23

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Tomasz Skowroński

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 B-ACT spółkę akcyjną z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Ignacego Paderewskiego 24 (85-075 Bydgoszcz) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojskowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Poznaniu przy ul. Kościuszki 92/98 (61-716 Poznań)

przy udziale wykonawcy Sweco Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy ul. Franklina Roosevelta 22 (60-829 Poznań), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty w postępowaniu dla obu części zamówienia oraz dokonanie czynności odtajnienia niejawnej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 22 lutego 2023 r. wraz załącznikami, za wyjątkiem załączników do tych wyjaśnień oznaczonych nr 3a i 3b tj. opinii bankowych, złożonych przez wykonawcę Sweco Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Sweco Polska spółkę z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę B-ACT spółkę akcyjną z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Sweco Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu na rzecz wykonawcy B-ACT spółki akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy, kwotę w wysokości 18 600 zł gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego.

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 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 912/23

U z a s a d n i e n i e

Wojskowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Poznaniu, zwany dalej: „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlano-montażowymi prowadzonymi w ramach zadań: Część I: 55210 „Przebudowa sieci wodno-kanalizacyjnej oraz deszczowej i c.o.” oraz 55230 „Przebudowa, rozbudowa, integracja systemów alarmowych, systemów kontroli dostępu, telewizyjnych systemów nadzoru, 2 systemu p.poż.” w Poznaniu Część II: 55191 „Przebudowa i rozbudowa infrastruktury elektroenergetycznej garnizonu Powidz (nr referencyjny: 68/WZI/22/WISiP), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 grudnia 2022 r. pod numerem: 2022/S 238-682384.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 31 kwietnia 2023 r. wykonawca B-ACT S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł

odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na nieprawidłowej ocenie czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień wykonawcy Sweco z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej jako: „Sweco") z dnia 22 lutego 2023 r. udzielonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 lutego 2023 r. oraz dokumentów mających na celu wykazanie braku rażąco niskiej ceny oferty Sweco i w konsekwencji uznanie, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z ar. 11 ust. 2 ustawy z dnia ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej jako: „Uznk") przez uznanie, że wykonawca Sweco w prawidłowy sposób wykazał, że informacje ujęte w wyjaśnieniach odnoszących się do ceny oferty oraz dokumenty mające potwierdzać, że oferta Sweco nie zawiera rażąco niskiej ceny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Sweco, podczas gdy Sweco w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazało spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, a w szczególności, że:

- zastrzeżone dokumenty stanowią wartość gospodarczą dla Sweco;
- zastrzeżone dokumenty przez Sweco są poufne;
- Sweco dokonało prawidłowego zastrzeżenia, obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa dopuszczalny zakres informacji;

co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny zamawiającego w zakresie uznania, że oferta Sweco nie zawiera rażąco niskiej ceny;

a w konsekwencji

2) art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu odtajnienie wyjaśnień i dokumentów wykonawcy Sweco zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiących załączniki do pisma Sweco z dnia 22 lutego 2023 r. tj. wyjaśnień RNC – część tajna wraz z wewnętrznymi dowodami do ww. części tajnej – dowody te odpowiednio oznakowano jako: „dokument zawierający TP".

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa. Zamawiający, utajniając dokumenty wykonawcy Sweco, pozbawia innych wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego możliwości weryfikacji oceny prawidłowości skalkulowanej ceny w złożonej ofercie Sweco. Zastrzeżenie istotnych części dokumentacji związanej ze sposobem osiągnięcia zaoferowanej ceny wykonawcy Sweco przeczy także podstawowej zasadzie jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności przedstawił uwagi ogólne, w których wyjaśnił, że proces udzielenia i realizacji zamówienia publicznego charakteryzuje się szeroko rozumianą jawnością. Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 18 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Przewidziane od tej zasady ustawowe wyjątki stanowią, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli dany wykonawca zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze dyspozycję art. 11 ust. 2 Uznk, aby dana informacja mogła zostać zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, muszą zostać łącznie spełnione poniższe przesłanki:

1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą;

2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób; 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W tym kontekście odwołujący wskazał, że zamawiający, badając uzasadnienie zastrzeżenia danego dokumentu, tajemnicą przedsiębiorstwa zobowiązany jest do dokładnej weryfikacji, czy dany wykonawca wykazał, że dana informacja wypełnia łącznie wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk. Wskazać bowiem należy, że tajemnica przedsiębiorstwa – jako wyjątek od zasady jawności postępowania – musi być interpretowana w ograniczony i ścisły sposób, a interpretację tę należy odczytywać poprzez obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego, czy wykonawcy. Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść dokumentu. Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione. Niezależnie jednak od tego, jaki w istocie walor dla wykonawcy Sweco mają dokumenty zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, odwołujący podkreślił, że przesłanki uzasadnienia

tajemnica przedsiębiorstwa postrzegane liberalnie prowadzą do wypaczenia zasady jawności w postepowaniu.

W dalszej kolejności odwołujący przedstawił argumentację dla twierdzenia wskazującego, że wykonawca Sweco nie wykazał wartości gospodarczej przekazywanych wyjaśnień i dokumentów. W tym zakresie odwołujący wskazał, że w ramach złożonych Wyjaśnień, Sweco usiłowało wykazać wartość gospodarczą informacji, które w istocie dotyczyły systemu wyceny przyszłych usług, na które składają się m.in. dokumenty kontraktowe uzyskane podczas realizacji uprzednio zawartych umów przez Sweco. Sweco wskazało przy tym, upatrując straty jaką może ponieść, że: Z informacji, które są przedmiotem niniejszego zastrzeżenia można wywieść (i może to zrobić każdy profesjonalny konkurent Sweco), jaki był logiczny pomysł („know-how") wykonywania takiego kontraktu przez Wykonawcę: jak zbudowano zespól projektowy (lub odpowiednio zespół IK lub zespół konsultingowy), jakie obwiązki i uprawnienia nadano tym osobom, jakie dane zbierano, skąd je pozyskiwano, jaką stosowano ocenę dla analiz płynących z ww. danych, jak wiązano ww. dane z ryzykami kontraktowymi i jakie działania poddawano analizie, a w konsekwencji powyższych działań: które działanie ostatecznie wdrażano, celem zminimalizowania wystąpienia tychże ryzyk, aż w końcu: jaki był efekt (pozytywny czy negatywny) wdrożenia

jakichś działań. Odwołujący podkreślił w tym miejscu, że Sweco sporządziło argumentację dotyczącą udowodnienia wartości gospodarczej informacji obszernie, aczkolwiek rażąco lakonicznie i ogólnikowo, a zbliżone wyjaśnienia były już poddane ocenie przez Izbę, która wielokrotnie nie zgodziła się ze Sweco, nakazując zamawiającym odtajnienie złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zdaniem odwołującego Sweco nie przedłożyło żadnych dowodów celem potwierdzenia, że wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji jest realna. Ograniczono się jedynie do zdawkowych twierdzeń, jakoby rzekomo firmy konkurencyjne mogłyby również wprost wywieść, w jaki sposób organizacyjnie Sweco każdorazowo optymalizuje pracę swojego personelu – byłoby to zatem sięgnięcie przez firmy konkurencyjne do „know-how" Sweco i wykorzystywanie tej wiedzy przeciwko Sweco, czy innych w rzeczywistości pustych frazesów, co nie wyczerpywało kwestii udowodnienia z art. 11 ust. 2 Uznk, iż zastrzeżone informacje stanowią dla Sweco wartość gospodarczą. Brakowało przede wszystkim rzetelnej (a nie tylko gołosłownej) analizy w zakresie faktycznej wartości gospodarczej chronionych informacji. Z perspektywy fundamentalnej zasady, jaką jest zasada jawności, kluczowe jest bowiem, aby wykonawca domagający się ochrony danych informacji/ dokumentów nie ograniczał się do gołosłownych deklaracji, ale był w stanie wykazać faktyczne skutki ewentualnego odtajnienia dokumentów. Odwołujący w tym miejscu podkreślił, że nie domagał się odtajnienia stricte systemu wyceny przyszłych usług, który w ocenie Sweco stanowi rzekomo jego know-how. Odwołujący wyjaśnił, że niniejszym odwołaniem wniósł jedynie o odtajnienie dokumentacji, która pozwoli mu na weryfikację realności zaoferowanej przez Sweco ceny w postępowaniu. W całym procesie ujawnienia danych informacji, to wykonawca Sweco podejmuje ostateczną, nieskrępowaną zasadniczo decyzję co do katalogu ujawnionych dokumentów/informacji, toteż winien mieć na uwadze, że należy traktować to uprawnienie na zasadzie wyjątku i niezwykle wąsko, zastrzegając nawet opracowany w jego ocenie system jako tajemnicę przedsiębiorstwa, ale czyniąc informacje cenotwórcze, które pozwolą na weryfikację zaoferowanej ceny, jawnymi. Sam przedmiot zamówienia będący przedmiotem postępowania nie wymaga wdrożenia czy zastosowania jakichkolwiek systemów obliczenia zaoferowanej ceny. Odwołujący podał w tym miejscu w wątpliwość faktyczną zasadność zastosowania takiego systemu przez Sweco. W ocenie odwołującego, sam system obliczenia zaoferowanej ceny nie stanowi czynnika tak przeważającego w postępowaniu, żeby zasadne było jego ścisłe zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa i traktowanie go jako wyjątkowego know-how danego wykonawcy, co pozwoliło mu osiągnąć cenę istotnie niższą od konkurencji. System, który usiłuje zastrzec Sweco, ponad wszelaką wątpliwość może stanowić ułatwienie w toku przygotowania oferty, ale nie może być czynnikiem wprost decydującym o wysokości zaoferowanej ceny.

W konkluzji dla tej części argumentacji odwołujący stwierdził, że mając na uwadze powyższe, Sweco całkowicie niezasadnie usiłuje traktować system wyceny przyszłych usług na gruncie postępowania jako swoje unikalne know-how, co rzekomo bezpośrednio doprowadziło do ustalenia wysokości zaoferowanej ceny. W rzeczywistości jednak, wątpliwym jest obiektywne postrzeganie przedmiotowego systemu jako czynnika tak wyjątkowego, jak subiektywnie postrzega to wykonawca Sweco. Podobnie jak w przypadku kwestii wartości gospodarczej, tak w przypadku kwestii know-how, Sweco poprzestało na gołosłownych twierdzeniach, niepopartych jakimikolwiek dowodami. Odwołujący ponownie podkreślił, że samo złożenie oświadczenie przy dokonaniu analizy wartości gospodarczej czy opisu w związku z tym know-how jest niewystarczające, toteż Sweco nie wykazało wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Kolejna część uzasadnienia odwołania dotyczyła błędnego uznania przez wykonawcę Sweco zastrzeżonych danych za poufne. Odwołujący w tym aspekcie stwierdził, że na samym wstępie wyjaśnień, Sweco zaznaczyło, że udostępnianiu podlegają wyłącznie umowy w sprawie zamówień publicznych. Tylko zatem takie umowy zostały uznane przez ustawodawcę za dokumenty stanowiące informację publiczną. Inne dokumenty (np. korespondencja dotyczące realizacji tejże umowy) lub dane stanowiące jedynie określenie sposobu realizacji umów w sprawach zamówień publicznych nie stanowią w konsekwencji informacji publicznej i nie podlegają udostępnieniu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej. W ocenie odwołującego z niniejszym stanowiskiem nie sposób jednak się zgodzić. O ile Sweco miało rację, że umowy w sprawie zamówienia publicznego podlegają udostępnieniu, toteż nie można ich uznać za poufne, o tyle całkowicie się myli, wąsko pojmując istotę umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy mieć bowiem na uwadze, że zasada jawności dotyczy realizacji inwestycji w sprawie zamówienia publicznego (a nie stricte samej umowy), toteż obejmuje wszelkie czynności poboczne (węższe) dokonane w związku z jej realizacją, co przekłada się bezpośrednio na finalny efekt realizacji danej umowy. Wszelkie dokumenty obrazujące całkowity rozmiar prac w toku realizacji kontraktu, ich podział na gruncie zawartej umowy, struktura zatrudnienia czy ogólnie poniesione koszty z budżetu państwa, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Sweco zdaje się pomijać, że ipso facto objęcie danego projektu dofinansowaniem publicznym konstytuuje katalog obowiązków w zakresie kontroli wydatkowanych środków i przebiegu realizacji danej umowy. Jest to szeroko uzasadnione ograniczeniem zjawiska wyprowadzania środków finansowych z budżetu państwa (własnych lub otrzymanych w ramach dofinasowania unijnego) czy ich niewłaściwego wykorzystania.

Jednocześnie Sweco całkowicie zrezygnowało z chociażby próby wykazania, że w toku realizacji kontraktów publicznych, dokonała skutecznego zastrzeżenia informacji zastrzeżonych w postępowaniu jako tajemnica

przedsiębiorstwa, toteż należy rozpatrywać całość realizacji i w związku z tym dokumentację powstałą w skutek realizacji kontraktu publicznego za jawną. Skoro informacje zawarte w dokumentacji kontraktowej stały się podstawą do stworzenia autorskiego programu wyceny przyszłych usług, to nie zasługiwały ona na ochronę w kategorii tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że co więcej, Sweco wskazało w wyjaśnieniach, że w większości spraw odwoławczych toczących się z powodów jw. w KIO albo w Sądzie Okręgowym nie zapadł wyrok nakazujący odtajnić w całości wyjaśnienia Sweco i dowody dotyczące sposobu wyliczenia ceny. Tym samym żaden z konkurujących ze Sweco wykonawców nie ma dostępu do tego systemu jako takiego i żaden z konkurujących wykonawców nie ma możliwości pozyskania informacji o wynikach / liczbach / cenach etc. uzyskiwanych przez Sweco w wyniku stosowania tego systemu. Zdaniem odwołującego powyższy fragment wyjaśnień bez cienia wątpliwości jawi się jako wewnętrznie sprzeczny. Skoro Sweco wskazuje, że w większości spraw odwoławczych nie zapadł wyrok nakazujący odtajnić w całości wyjaśnienia Sweco, to oznacza, że jednak takie wyroki miały miejsce ergo część z konkurujących ze Sweco wykonawców ma dostęp do systemu wyceny Sweco. Wątpliwe przy tym, żeby uznać system wycen, który „krąży" już po rynku w kategorii informacji poufnych. Jednocześnie Sweco zdaje się całkowicie marginalizować ilość wyroków, które doprowadziły do ujawnienie metody wycen, zastrzeżonej i w postępowaniu. Przykładowo należy wskazać chociażby na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2022 r. KIO 1191/22 , w którym Izba oddaliła odwołanie Sweco na czynność zamawiającego polegającą na odtajnieniu wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Informacje zastrzeżone w postępowaniu zostały zatem wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej.

Odwołujący zwrócił też uwagę, że wykonawca Sweco niezasadnie utajnił całość dokumentacji. Odwołujący wyjaśnił, że niezależnie jednak od tego, jak postrzegać należy spełnienie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji w kategorii tajemnicy przedsiębiorstwa, należało zauważyć, że wyjaśnienia Sweco stanowią cały obszerny katalog informacji, a nie „informację" literalnie wskazaną w art. 11 ust. 2 Uznk. .Sweco dokonało ogólnego utajnienia wszystkich przedłożonych wraz z wyjaśnieniami załączników, nie usiłując nawet przeprowadzić odpowiedniej selekcji informacji tam uwzględnionych. Nie ulegało przy tym wątpliwości, że celem przedmiotowego działania Sweco jest w rzeczywistości utrudnienie innym wykonawcom próby oceny oferty Sweco, podnosząc przy tym zarzut rażąco niskiej ceny oferty. Jak już wykazano, wszelkie wyjątki od zasady jawności w postępowaniu powinny być interpretowany ściśle. W trakcie badania zasadności dokonanego zastrzeżenia badaniu podlega nie tylko kwestia potrzeby objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, ale także ustalenia czy cała treść zastrzeżonego

dokumentu uzasadnia objęcie go tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie jest zasadne i dopuszczalne obejmowanie zastrzeżeniem całego dokumentu w sytuacji kiedy tylko pewna jego część odpowiada wymaganiom wskazanym w art. 11 ust. 2 Uznk. W przypadku uznania, że jedynie fragment informacji zawartych w załącznikach do wyjaśnień stanowi informacje wrażliwe dla Sweco, należałoby „zakryć" jedynie stosowany wycinek dokumentacji, czego jednak nie dokonano w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego Sweco literalnie przyznało, że zastrzeżone informacje stanowiły elementy – układankę, które dopiero po połączeniu w całość (mając dostęp do całego katalogu informacji) pozwolą rozszyfrować wypracowane know-how. Ujawnienie zatem jedyne części z nich (zasłaniając informacje faktycznie wrażliwe, najbardziej istotne dla Sweco) nie powinno zatem nieść negatywnych skutków dla Sweco. Co więcej, Sweco nie udowodniło, że charakter zastrzeżonych informacji, jest tego rodzaju, że muszą być traktowane jako nierozerwalna całość podlegająca ochronie. Poprzestano w tym zakresie jedynie na lakonicznym stwierdzeniu, dokonując jednak dalej rozbicia informacji w kategorii „elementów układanki" ergo zastrzeżone informacje można od siebie odseparować (jako elementy) i dokonać ich badania w kontekście zasadności zastrzeżenia.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie wywiązał się z powyższego obowiązku, całkowicie niesłusznie i bezrefleksyjnie uznając, że Sweco wykazało wartość gospodarczą de facto całości swoich wyjaśnień wraz z załącznikami. Wyjaśnienia Sweco ograniczają się bowiem w istocie do uwypuklenia, że treść załączników stanowią „fragmenty", które po połączeniu mogą zdradzać informacje, mające dla niego wartość gospodarczą. Skoro zatem należy rozpatrywać je w charakterze, jak samo określiło to Sweco, układanki, to zamawiający powinien dokonać stosownego badania, pochylając się zbiorowo, ale i jednostkowo nad każdym fragmentem przedmiotowej układanki w kontekście zasadności zastrzeżenia ich w ramach tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie treści wyjaśnień nie sposób odczytywać w charakterze próby udowodnienia, że każdy element „układanki" (załączników do wyjaśnień) zasadnie powinien zostać objęty zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Wręcz przeciwnie – Sweco poprzestało na ogólnych wywodach dotyczących całego katalogu informacji, całkowicie zaniechując ich konkretyzacji czy udowodnienia, że stanowią one informacje, których nie sposób od siebie rozdzielić oraz które każdorazowo należy odczytywać łącznie, wobec czego niemożliwym jest ujawnienie tylko części z nich. Nie sposób domniemywać na kanwie zaistniałego stanu faktycznego, co przesądziło o uznaniu przez zamawiającego, że złożone wyjaśnienia czynią zadość wymaganiom skondensowanym w art. 11 ust. 2 Uznk w kontekście zastrzeżenia wszystkich załączników do wyjaśnień. Zachowanie Zamawiającego zdaje się polegało zasadniczo na niejako automatycznym zaakceptowaniu wyjaśnień, niezależnie od faktycznego ich charakteru.

Odgórna zasada, która zobowiązuje zamawiających do należytej analizy przedłożonych wyjaśnień a contrario formułuje zakaz bezrefleksyjnego zaakceptowania uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej, zamawiający poza dokonaniem rzetelnej analizy przedmiotowego zastrzeżenia informacji w charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa, w przypadku utrzymaniu ich utajniania, winien wskazać, czego w istocie one dotyczą, co pozwoli zagwarantować wykonawcom prawo do skorzystania z procedury odwoławczej przewidzianej Pzp. Z obowiązku tego zamawiający

ponownie się nie wywiązał, gdyż z treści wyjaśnień nie sposób odczytać wyczerpującego katalogu zastrzeżonych informacji (czy chociażby ich charakteru). Zamawiający nie poinformował również o tym w jakikolwiek inny sposób.

W ocenie odwołującego, szereg wadliwych działań w oderwaniu od powyższych zasad wskazanych przez niego doprowadził do nieodtajnienia informacji (a de facto dokumentacji) objętej tajemnicą przedsiębiorstwa przez zamawiającego. Wobec powyższego, odwołujący wskazał, że zamawiający dokonał niezasadnej akceptacji zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie złożonych wyjaśnień wykonawcy Sweco, których celem było uniemożliwienie weryfikacji przez konkurentów, czy zamawiający prawidłowo ocenił, że oferta Sweco nie zawiera rażąco niskiej ceny. Taka motywacja bez cienia wątpliwości nie zasługuje na ochronę prawną. Jednocześnie odwołujący wskazał, że wyjaśnienia Sweco, ani pozostałe utajnione dokumenty, nie stanowią istotnej wartości gospodarczej dla wykonawcy, a ich utajnienie ma wyłącznie na celu uniemożliwienie weryfikacji przez konkurentów wypełnienie wymagań zamawiającego. Dodatkowo, sam fakt, powielenia przy każdej odpowiedzi i informacji tej samej reguły, która miałaby rzekomo uzasadniać wykazywane zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa świadczy wyłącznie o tym, że Sweco w żaden sposób nie traktuje informacji zawartych w wyjaśnieniach jako indywidualne i wyznaczające określoną wartość dla całego przedsiębiorstwa. Sweco sporządziło uzasadnienie obszerne, jednak o charakterze ogólnikowym. Dodatkowo, sam fakt ogólnikowego powtarzania, że informacje posiadają walor ekonomiczny, co miałaby rzekomo uzasadniać wykazywane zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa świadczy wyłącznie o tym, że Sweco w żaden sposób nie traktuje informacji zawartych w wyjaśnieniach jako niepodlegających odtajnieniu w całym zakresie. Sweco nie wykazało również, że całość dokumentacji zasługuje na utajnienie, pomimo wąskiego postrzegania wyjątku od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający bezrefleksyjnie zaakceptował utajnienie wyjaśnień oraz załączonych do nich dokumentów oraz dokonał niezasadnej akceptacji zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie złożonych wyjaśnień wykonawcy Sweco, czym dopuścił się naruszenia fundamentalnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Działanie wykonawcy Sweco, przejawiające się

zignorowaniem ustawowych wymogów w zakresie mechanizmu utajnienia dokumentów, który jest przecież wyjątkiem od reguły jawności, nie zasługuje na ochronę prawną. Co więcej, w świetle podkreślanego w ostatnich latach w orzecznictwie KIO trendu, obowiązkiem instytucji zamawiających jest przeciwdziałanie tego typu negatywnym zjawiskom. Doprowadzają one bowiem do wypaczenia sensu przepisów związanych z tajemnicą przedsiębiorstwa. Rażąco naruszają również zasadę jawności. Stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym doszło do skutecznego utajnienia wyjaśnień oraz załączników, było zatem nieuzasadnione.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

W dniu 12 kwietnia 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Tego samego dnia wykonawca zgłaszający przystąpienie wniósł pismo procesowe, w którym wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania wniesionego przez odwołującego w przedmiotowej sprawie oraz wniósł o: - oddalenia odwołania;

- zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa na podstawie spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie;

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści pisma oraz przedłożonych w toku postępowania przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie powołania dowodów.

Uzasadnieniu podanym w piśmie procesowym wykonawca zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że odwołanie powinno zostać oddalone w szczególności z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Tymczasem, biorąc pod uwagę zakres zaskarżenia sformułowany w odwołaniu przez odwołującego oraz podniesione przezeń zarzuty, z których w szczególności wynika, iż odwołujący nie kwestionował wyboru oferty jako najkorzystniejszej i nie wniósł o unieważnienie tegoż wyboru, zarzuty odwołania nie mogą zostać uwzględnione, jako że – niezależnie od kwestii ich merytorycznej niezasadności – nie mogą one mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

Odniesienie do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk wykonawca Sweco wskazał, że wbrew twierdzeniom odwołania oraz wbrew złożonemu przez zamawiającego w piśmie z dnia 12 kwietnia 2023 r. oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania

w całości, informacje zastrzeżone przez niego mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, co zostało szczegółowo wykazane przez w piśmie z dnia 22 lutego 2023 r., i w związku z tym nie podlegają udostępnieniu podmiotom trzecim. Wykonawca Sweco zauważył, że zamawiający słusznie uznał pierwotnie, iż zastrzeżone informacje wypełniają dyspozycję art. 11 ust. 2 Uznk, zaś Sweco wykazało spełnienie wobec tych informacji wszystkich przesłanek, o których mowa w ww. przepisie. Informacje te w szczególności bowiem nie są łatwo dostępne dla osób trzecich, a tylko dla niektórych, odpowiednich pracowników wykonawcy. Wbrew również twierdzeniom odwołania, nie doszło do udostępnienia tychże informacji (w pełnym zakresie, w jakim odwołujący żąda ich odtajnienia) do wiadomości publicznej. Wykonawca zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że podejmuje wszelkie możliwe środki w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności, zaś informacje te – jak wyjaśniono w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy (vide: str. 7-11 pisma z dnia 22 lutego 2023 r.) - stanowią dla niego istotną wartość gospodarczą.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 Pzp ww. wykonawca stwierdził, że przedmiotowy zarzut, poza jego

ogólnikowym powołaniem na str. 2 odwołania, nie został przez odwołującego w żaden sposób rozwinięty w treści odwołania, a tym samym nie może on stanowić odrębnej podstawy rozpoznania przez Izbę czy odrębnej podstawy do uwzględnienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej jako: „przystępujący"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

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

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości w związku z tym Izba na podstawie art. 523 ust. 3 Pzp zobowiązana była do rozpoznania odwołania.

Izba uznała, że odwołujący 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.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 7 kwietnia 2023 r., w tym w szczególności:

- wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 22 lutego 2023 r. w części jawnej wraz z załącznikami, które zawierały również uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla części niejawnej wyjaśnień;

- wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 22 lutego 2023 r., które zostały zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z załącznikami;

- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie dwóch części zamówienia z dnia 21 marca 2023 r.;

2) dokument złożony na posiedzeniu niejawnym przez przystępującego tj. częściowo odtajnione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez przystępującego, które pierwotnie były zastrzeżone jako niejawne w całości wraz częściowo odtajnionymi trzema załącznikami do tych wyjaśnień;

3) złożone na rozprawie przez przystępującego zestawienie tabelaryczne przykładowych postępowań odwoławczych z ostatnich pięciu lat, w których przystępujący przedkładał i zastrzegał informacje w nich zawarte dotyczące procedur wewnętrznych lub odpowiednio wyjaśnienia sposobu wyliczeni ceny, które Izba uznała za prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i taki status dla tych informacji został utrzymany.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający pismem z dnia 13 lutego 2023 r. wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w obu częściach zamówienia.

Przystępujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na powyższe wezwanie w dniu 22 lutego 2023 r. Wyjaśnienia składały się z dwóch części. Pierwsza część miała charakter jawny i zawierała przede wszystkim uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, natomiast część druga została w całości zastrzeżona jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa. Do obu części przystępujący złożył załączniki. Załączniki do części jawnej obejmowały dowody dotyczące uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dowody te odnosiły się do przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa 13

takich jak: brak ujawnienia informacji do wiadomości publicznej oraz podjęcie w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Załączniki do części niejawnej wyjaśnień rażąco niskiej ceny zostały w całości zastrzeżone przez przystępującego jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

Informacją z dnia 21 marca 2023 r. zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, że jako najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu dla obu części wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę przystępującego. Po publikacji informacji wyboru oferty odwołujący złożył wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wraz załącznikami, w tym korespondencji prowadzonej z przystępującym.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego przystępujący złożył częściowo odtajnione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 22 lutego 2023 r., które pierwotnie zostały zastrzeżone w całości. Ponadto przystępujący częściowo odtajnił załączniki trzy załączniki do ww. wyjaśnień. Powyżej wskazane odtajnienie przebiegało w taki sposób, że przystępujący doręczył odwołującemu wyjaśnienia z dnia 22 lutego 2023 r. wraz z częścią załączników, w których cześć informacji była „zaczerniona" i przez to niewidoczna dla odbiorcy.

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 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.;

- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje

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

Przy rozstrzyganiu Izba w znacznej mierze przyjęła argumentację przystępującego, uznając ja za słuszną.

W pierwszej kolejności skład orzekający odniósł się do wniosku przystępującego dotyczącego konieczności oddalenia odwołania w szczególności z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Przystępujący argumentował, że odwołujący nie kwestionował wyboru oferty jako najkorzystniejszej i nie wniósł o unieważnienie tegoż wyboru, tym samym zarzuty odwołania nie mogą zostać uwzględnione, jako że – niezależnie od kwestii ich merytorycznej niezasadności – nie mogą one mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

Izba nie zgodziła się z powyżej wskazanym wnioskiem przystępującego uznając go za niezasadny. W tym kontekście skład orzekający uznał za zasadne wskazać, że jak wynika z art. 513 Pzp odwołanie przysługuje na:

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy lub

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Postępowanie odwoławcze ma więc charakter kontroli legalności działania zamawiającego i w jego ramach Izba ocenia, mając na uwadze podniesione zarzuty, czy zamawiający w danym czasie, w danych okolicznościach sprawy i na podstawie posiadanych w tym czasie informacji uzyskanych w postępowaniu, postąpił w sposób zgodny z przepisami. Zarzuty podniesione w odwołaniu, które dotyczyły zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak najbardziej wpisują się w kontrolę legalności działania zamawiającego prowadzoną przy użyciu środków ochrony prawnej i od zaniechania odtajnienia takich informacji przysługuje odwołanie. W związku z tym uwzględnienie takiego odwołania z pewnością może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ umożliwi wykonawcy kontrolę legalności

działania zamawiającego nie tylko w zakresie zaniechania odtajnienia zastrzeżonych informacji, ale również oceny oferty innego wykonawcy pod katem rażąco niskiej ceny.

Przystępujący upatrywał powodzenia swojego wniosku w tym, że odwołujący nie kwestionował wyboru oferty jako najkorzystniejszej i nie wniósł o unieważnienie tegoż wyboru, tym samym zarzuty odwołania nie mogą zostać uwzględnione, ponieważ nie mogą one mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Przystępujący zdawał się nie dostrzegać różnicy pomiędzy znaczeniem zarzutów oraz żądań zawartych w odwołaniu. W tym kontekście należało zwrócić uwagę na przepis art. 555 Pzp, który wyznacza ramy merytorycznego rozpoznania wniesionego odwołania i na podstawie tego przepisu Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym zmiana zakresu odwołania czy też jego rozszerzanie w toku postępowania odwoławczego są niedopuszczalne. Izba natomiast nie jest związana żądaniem strony co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania.

Przekładając powyższe ustalenia na okoliczności przedmiotowej sprawy należało stwierdzić, że odwołujący nie rozszerzył w toku postępowania odwoławczego zakresu odwołania, ponieważ nie podniósł nowych zarzutów, ani nie rozszerzył argumentacji zawartej w odwołaniu o nowe okoliczności. Brak w odwołaniu żądania dotyczącego konieczności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty nie mógł skutkować negatywnymi konsekwencjami dla

odwołującego, polegającymi na oddaleniu odwołania, niejako ze względów formalnych, ponieważ jak zostało to wskazane powyżej Izba nie jest związana żądaniem strony co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania i nakaz określonego zachowania się zamawiającego, w przypadku uwzględnienia odwołania, może zostać sformułowany w sposób niewskazany w treści odwołania.

Przechodząc do meritum zarzutów Izba w ramach rozważań ogólnych uznała za zasadne stwierdzić, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest jawność postępowania, która służy też realizacji pozostałych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 16 Pzp. Trudno bowiem o zagwarantowanie zasady przejrzystości czy uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, które w określonej części nie jest jawne. Zasada ta ma więc charakter fundamentalny, a odstępstwa od niej możliwe są wyłącznie na zasadzie wyjątku, co wynika z art. 18 ust. 2 Pzp, stanowiącego, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. W związku z tym za naganną należy uznać, dostrzeganą w praktyce orzeczniczej Izby tendencję do nadużywania przez wykonawców możliwości zastrzegania przedstawianych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co czyni z niej narzędzie służące raczej uniemożliwieniu weryfikacji prawidłowości postępowania przez konkurentów,

niż rzeczywistej ochronie interesów wykonawcy (zob. wyrok z dnia 25 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 80/22).

W świetle art. 18 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Zauważyć należy, że w poprzednim stanie prawnym, przed nowelizacją z 29 sierpnia 2014 r., ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.

Nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy nałożyła na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Rozwiązanie takie zostało utrzymane w obecnie obowiązującym stanie prawnym. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W celu wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był, przekazując te informacje zamawiającemu, wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk:

1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) informacje 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,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 Uznk przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka odwołująca się do sformułowania „posiadający wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Wyraźnie podkreślić 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. W ocenie składu orzekającego uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedłożone przez przystępującego nie potwierdziło zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący nie sprostał ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Ponadto analiza przedstawionego uzasadnienia zastrzeżenia prowadziła do wniosku, że przystępujący nie wykazał ani wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ani tego, że pozostają one poufne.

Co do kwestii wartości gospodarczej informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, Izba stwierdziła, że

wartość ta w żadnej mierze nie została wykazana. Jak słusznie zauważył odwołujący uzasadnienie zastrzeżenia ograniczało się do zdawkowych twierdzeń, co nie wyczerpywało kwestii udowodnienia z art. 11 ust. 2 Uznk, iż zastrzeżone informacje stanowią dla przystępującego wartość gospodarczą oraz nie zawierało żadnych dowodów celem potwierdzenia, że wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji jest realna. Brakowało przede wszystkim rzetelnej (a nie tylko gołosłownej) analizy w zakresie faktycznej wartości gospodarczej chronionych informacji. Z perspektywy fundamentalnej zasady, jaką jest zasada jawności, kluczowe jest bowiem, aby wykonawca domagający się ochrony danych informacji czy też dokumentów nie ograniczał się do gołosłownych deklaracji, ale był w stanie wykazać faktyczne skutki ewentualnego odtajnienia dokumentów.

Odwołujący nie domagał się odtajnienia stricte systemu wyceny przyszłych usług, który w ocenie przystępującego stanowił jego know-how. Skład orzekający zgodził się z odwołującym, że sam system obliczenia zaoferowanej ceny nie stanowił czynnika tak przeważającego w postępowaniu, żeby zasadne było zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz traktowanie tych informacji jako wyjątkowego know-how przystępującego, co pozwoliło mu osiągnąć cenę istotnie niższą od konkurencji. System, do którego odwoływał się przystępujący, ponad wszelaką wątpliwość może stanowić ułatwienie w toku przygotowania oferty, ale nie może być czynnikiem wprost decydującym o wysokości zaoferowanej ceny. Co istotne przystępujący nie był w stanie wyjaśnić w jaki sposób odtajnienie wyjaśnień doprowadzi do poznania czy też rozszyfrowania systemu w taki sposób, że inni wykonawcy wejdą w posiadanie danych wrażliwych przystępującego, co spowoduje przewagę konkurencyjną tych wykonawców. W ocenie Izby wątpliwym wydawało się obiektywne postrzeganie przedmiotowego systemu jako czynnika tak wyjątkowego, jak subiektywnie postrzegał to przystępujący.

W związku z powyższym Izba uznała, że przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, co zważywszy na kumulatywny charakter przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w art. 11 ust. 2 Uznk, skutkowało stwierdzeniem, że zastrzeżenie to zostało dokonane w sposób nieprawidłowy. Abstrahując jednakże od powyższego skład orzekający stwierdził, że przystępujący nie wykazał utrzymania w poufności zastrzeganych informacji.

W tym kontekście Izba zwróciła uwagę na dowód złożony na rozprawie przez przystępującego, który tak naprawdę stanowił poparcie argumentacji odwołującego. Dowód ten potwierdzał, że w innych postępowaniach zamawiający odtajniali informacje zastrzegane przez przystępującego i czynności te zostały uznane przez Izba za prawidłowe. Symptomatyczne w tym zakresie było orzeczenie Izby w sprawie KIO 1191/22, które związane było z tym, że zamawiający w tamtej sprawie odtajnił częściowo wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez przystępującego oraz załączniki. Wykonawca Sweco w tamtej sprawie wniósł odwołanie, które zostało oddalone. Izba w sprawie KIO 1191/23 stwierdziła m. in. że:

- załącznik obejmujący tabelę szczegółowej kalkulacji ceny nie zawierał informacji, zasługujących na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa;

- załącznik w postaci grafu procedury wyceny nie jest niezwykły, unikalny, i właściwy jedynie dla Odwołującego [w obecnym postepowaniu przystępującego – komentarz składu orzekającego]. Każda decyzja, prowadząca do złożenia jakiejkolwiek oferty cenowej, jest

poprzedzona analizą danych. Trudno zatem w przedmiotowym dokumencie dopatrzeć się jakichkolwiek informacji, które nie powinny być ujawnione;

- plik o nazwie „WYJAŚNIENIA RNC_CZĘŚĆ TAJNA-sig" również został prawidłowo częściowo odtajniony.

W przedmiotowej sprawie przystępujący złożył podobne wyjaśnienia jak postępowaniu, którego dotyczyła sprawa KIO 1191/23, które obejmowały wyjaśnienia w części tajnej oraz załączniki pn.: Tabela - kalkulacja szczegółowa oraz Graf procedury wyceny oferty.

Jak wynikało z powyższego informacje w zakresie funkcjonowania systemu, którym dysponuje przystępujący zostały już odtajnione tym samym nie było powodu do stwierdzenia, że przystępujący utrzymuje je w poufności.

Na korzyść przystępującego nie przemawiało także jego zachowanie w czasie trwania postępowania odwoławczego, polegające na tym, że w jego trakcie zdecydował się przekazać odwołującemu częściowo odtajnione wyjaśnienia oraz niektóre załączniki. Okoliczność ta potwierdzała, że przystępujący albo do końca nie miał przekonania czy zastrzegane przez niego informacje rzeczywiście stanowiły tajemnice przedsiębiorstwa, albo próbował instrumentalnie wykorzystać możliwość takiego zastrzegania informacji, aby ograniczyć innym wykonawcom możliwość podejmowania legalnych działań wobec jego oferty. Niezależnie od tego, które z powyższych powodów leżały u podstaw działań przystępującego, oba należy ocenić jako niedopuszczalne.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał za zasadne, dokonane przez przystępującego zastrzeżenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami (oprócz załączników 3a i 3b) z dnia 22 lutego 2023 r. jako zawierających tajemnice przedsiębiorstwa. Na marginesie skład orzekający wskazał, że odwołujący na rozprawie przyznał, że nie zależy mu na informacjach dotyczących tego jakie środki posiada na koncie przystępujący. Tym samym Izba uznała za stosowne wyłączyć z obowiązku odtajnienia, załączników nr 3a i 3b do wyjaśnień tj. opinii bankowych, które zawierały informacje nieistotne dla

odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów 20

kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od przystępującego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego (zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie).

Przewodniczący: ……

21