Sygn. akt: KIO 1199/23

WYROK

z dnia 12 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2023 roku przez wykonawcę Deko-Bau Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Żyrardów

przy udziale wykonawcy Trias AVI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie:

   1.1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

   1.2. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu w całości złożonych przez:

- Trias AVI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością: kosztorysów ofertowych obejmujących Scenografię, Prace budowlane, Oświetlenie, kosztorysu obejmującego Multimedia oraz wykazu osób i wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,

- Group AV Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością: kosztorysu ofertowego obejmującego Oświetlenie oraz kosztorysu obejmującego Multimedia,

1.3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Miasto Żyrardów, i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od Zamawiającego - Miasta Żyrardów na rzecz Odwołującego - Deko-Bau Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 658 zł 56 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset pięćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt sześć groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczonego przez Odwołującego wpisu oraz zwrotu kosztów dojazdu strony na posiedzenie i rozprawę w kwocie 58 zł 56 gr (słownie: pięćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt sześć groszy) i wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 1199/23

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

Miasto Żyrardów (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „MOTEK projekt multimedialnej ekspozycji - stanowiska oraz system multimedialnej „chmury" zabytkowego budynku Kantoru w Żyrardowie", numer referencyjny: ZP.271.2.9.2023.MP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 lutego 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 036104829.

18 kwietnia 2023 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Trias Avi sp. z o.o., natomiast w dniu 25 kwietnia 2023 r. poinformował o swojej ocenie w zakresie skuteczności zastrzeżenia przez dwóch wykonawców biorących udział w postępowaniu dokumentów, tj. Trias AVI sp. z o. o. oraz Group AV sp. z o.o., stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wykazu wykonanych dostaw/usług z referencjami, wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz kosztorysów ofertowych złożonych wraz z ofertami.

Wykonawca Deko-Bau sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych w szczególności: zw. zrazPzp, w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 16 kwietnia 1993 r. (dalej: „ZNKU") poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia złożonych przez Trias AVI sp. z o. o. kosztorysów ofertowych obejmujących Scenografię, Prace budowlane, Oświetlenie sporządzonych według wzoru stanowiącego załącznik 2a do SWZ oraz kosztorysu obejmującego multimedia sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik 2b do SWZ), wykazu osób, wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie oraz złożonych przez Group AV sp. z o.o.: Kosztorysów ofertowych obejmującego Oświetlenie sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik 2a do SWZ oraz kosztorysu obejmującego Multimedia sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik 2b do SWZ, pomimo że zastrzeżone przez tych wykonawców informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawcy nie wykazali zasadności dokonanego utajnienia.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odtajnienia i udostępnienia odwołującemu pełnej treści:

a) złożonych przez Trias AVI sp. z o. o.:

- kosztorysów ofertowych obejmujących Scenografię, Prace budowlane, Oświetlenie sporządzonych według wzoru stanowiącego załącznik 2a do SWZ oraz kosztorysu

obejmującego Multimedia sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik 2b do SWZ),

- wykazu osób,

- wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie,

b) złożonych przez Group AV sp. z o.o.: kosztorysu ofertowego obejmującego Oświetlenie sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik 2a do SWZ oraz kosztorysu obejmującego Multimedia sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik 2b do SWZ.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w celu przeprowadzenia weryfikacji zgodności ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") i ofert złożonych przez konkurencję oraz sprawdzenia czy zaproponowane przez pozostałych wykonawców oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie protokołu postępowania według stanu aktualnego na dzień udostępnienia wraz z załącznikami - ofertami następujących wykonawców: Group AV sp. z o.o., i Trias AVI sp. z o.o. Zamawiający udostępnił jawne części ofert nie odnosząc się do żądania w części obejmującej dokumenty utajnione przez ww. wykonawców. Z uwagi na powyższe Odwołujący zwrócił się o odtajnienie i udostępnienie dokumentów. W odpowiedzi Zamawiający w dniu 25 kwietnia 2023 r. w piśmie skierowanym do Odwołującego wskazał, że wykonawcy skutecznie zastrzegli dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa tj. wykaz wykonanych dostaw/usług z referencjami, wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, kosztorysy ofertowe, złożone z ofertami w postępowaniu pn. „MOTEK projekt multimedialnej ekspozycji – stanowiska oraz system multimedialnej „chmury" zabytkowego budynku Kantoru w Żyrardowie." Ponadto Zamawiający wskazał, że wykonawcy w kosztorysach zamieścili informacje o wycenie kontentów w postaci kalkulacji własnych i sposobie ich realizacji oraz sposób budowania strategii cenowej i elementy składowe tej strategii oraz zamieścili w kosztorysach oprócz cen wyposażenia, także nazwy własne proponowanych do realizacji zamówienia, określili warunki techniczne i technologiczne realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w pkt 6 ust 8 ppkt 3 SWZ wskazał, że wykonawcy zobowiązani są złożyć wraz z ofertą kosztorysy ofertowe zgodne z załącznikami nr 2a i 2b do SWZ stanowiącymi integralną część oferty. Zamawiający narzucił strukturę kosztorysów nakazując ich wykonanie w formie tabel według wzoru sporządzonego w formie arkusza Excel, zawierającego wyraźnie wskazane pozycje. Przykładowo w załączniku nr 2a obejmującym multimedia, Zamawiający wymagał uzupełnienia wierszy w kolumnach zawierających

odpowiednio: liczbę porządkową, oznaczenie stanowisk, symbole urządzeń, producenta, oznaczenie modelu, ilość, jednostkę miary, cenę jednostkową netto i wartość netto. W

przypadku kosztorysu obejmującego scenografię do uzupełnienia pozostawały jedynie pozycje wartość jednostkowa oraz wartość. Odnośnie oświetlenia do wskazania pozostawał tylko producent, model, wartość jednostkowa oraz wartość. Zamawiający nie pozostawił 4

wykonawcom swobody przy uzupełnianiu wzorów załączników pozwalających na jakakolwiek twórczą inwencję przy wypełnianiu tabel. Kosztorysy nie zawierają pozycji obejmujących kalkulację cen poza prostym wskazaniem ceny jednostkowej oraz wartości całej pozycji. Wzory załączników nie zawierają pozycji pozwalających na pokazanie „sposobu budowania strategii cenowej" i „elementów składowych tej strategii". Z kolei w OPZ Zamawiający określił warunki techniczne i technologiczne realizacji przedmiotowego zamówienia nie dając w tym zakresie swobody wykonawcom. Narzucone przez Zamawiającego wzory kosztorysów nie zawierają pozycji w których wykonawcy mogliby wskazać „warunki techniczne i technologiczne realizacji przedmiotowego zamówienia" lub nazwy własne zastosowanych elementów. Wykonawcy mieli tylko wskazać producentów i modele urządzeń.

Następnie Odwołujący podał, że wykonawcy Trias AVI sp. z o.o. oraz Group AV sp. z o.o., złożyli wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, które mają szablonowy charakter. Jedynie wskazanie nazwy postępowania oraz nazw załączników

odnosi się do postępowania, w którym zostały złożone. W pozostałym zakresie wyjaśnienia bez dokonywania jakichkolwiek zmian mogłyby służyć do zastrzeżenia jakichkolwiek innych kosztorysów, a w przypadku wykonawcy Trias AVI sp. z o.o. także wykazu osób czy usług w każdym innym postępowaniu. Wyjaśnienia Trias AVI sp. z o.o. zawierają obszerny opis informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zawierają jednak konkretnego wskazania, dlaczego informacje wskazane w dokumentach zastrzeżonych w tym konkretnym postępowaniu miałyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew stanowisku tego wykonawcy przy narzuconej strukturze kosztorysów przez Zamawiającego nie sposób uznać, aby kosztorysy ofertowe złożone w tym postępowaniu mogły stanowić przejaw autorskiej twórczości wykonawcy. Kosztorysy nie zawierają także poufnych informacji o charakterze technologicznym. W kosztorysach wykonawcy zobowiązani byli do wskazania producenta urządzenia i jego modelu. Przedłożone uzasadnienia są ogólne i nieodnoszące się do specyfiki postępowania. To samo uzasadnienie wykonawcy mogli zastosować w każdym innym postępowaniu i ma ono charakter deklaracji. W niniejszej sprawie wykonawcy nie udowodnili, że zastrzeżone informacje stanowią rzeczywiście tajemnice przedsiębiorstwa oraz że poczynili działania w celu zachowania informacji w poufności. Wykonawcy poprzestali jedynie na gołosłownych deklaracjach w tym zakresie. Odwołujący powołując się na przytoczone orzecznictwo wskazał, że ogólne wyjaśnienia powinny skutkować ujawnieniem zastrzeżonych informacji, zaś stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w opinii zamieszczonej na stronie Urzędu wskazuje na brak możliwości utajnienia kosztorysów.zp nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do utajnienia wykazu usług przez Trias Avi sp. o.o. Odwołujący wskazał, że wykonawca miał się wykazać zdolnością techniczną lub zawodową w postaci należycie zrealizowanego co najmniej jednego zamówienia polegającego na wykonaniu wystawy stałej w 5

muzeach lub innych obiektach, w których jest prowadzona działalność w zakresie kultury lub edukacji, o wartości min. 1 400 000,00 zł brutto, której zakres obejmował wykonanie i montaż elementów aranżacyjnych i scenograficznych, dostawę i montaż systemu multimedialnego, wykonanie zawartości treści do stanowisk multimedialnych oraz systemu zarządzania dla wszystkich elementów wystawy, dostawę i montaż oświetlenia ekspozycyjnego, czy też co najmniej jednego zamówienia polegające na dostawie i montażu sprzętu multimedialnego takiego jak projektory multimedialne, monitory dotykowe, playery, produkcja i wdrożenie interaktywnych aplikacji multimedialnych na potrzeby wystawy stałej w muzeach lub innych obiektach, w których jest prowadzona działalność w zakresie kultury lub edukacji, o wartości min. 400 000,00 zł brutto. Wskazane wymagania dotyczące doświadczenia, które powinno zostać wskazane w wykazie usług w zasadzie przesądzają, że w polskich warunkach wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem poprzez wskazanie wykonania zamówienia na rzecz podmiotu zobowiązanego do stosowania Pzp, bowiem co do zasady takie prowadzą w Polsce muzea lub inne obiekty, w których jest prowadzona działalność w zakresie kultury lub edukacji. Tymczasem fakt wykonanie zamówienia w ramach Pzp nie może być zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa w innym postepowaniu, gdyż informacja o osobie wykonawcy zamówienia jest jawna. Odnosząc się do zastrzeżenia wykazu usług z referencjami Trias Avi sp. o.o. tylko i wyłącznie powołał się na orzeczenie wskazujące na możliwość zastrzeżenia takiej informacji co do zasady. Nie wskazał jednak w żaden sposób, że istnieją konkretne przesłanki do zastrzeżenia wykazu złożonego w przedmiotowym postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego wykonawcy zastrzegający poufność dokumentów w postepowaniu próbowali uzasadnić swoje stanowisko powołując się na nieaktualne orzecznictwo KIO pochodzące z czasów, gdy wymagania dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa były regulowane odmiennie. Aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej uwzględniające zmiany prawne, które miały miejsce w 2014 r. oraz w 2019 r., kiedy to uchwalone zostało nowe Prawo zamówień publicznych stawiają wykonawcom próbującym zastrzec poufność informacji zdecydowanie dalej idące wymagania. Odwołujący jako jeden z wykonawców ma prawo do powzięcia informacji w oparciu o które Zamawiający oceniał oferty i które mogę mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż wykonawcy mogą skorzystać z przysługujących im praw w zakresie środków ochrony prawnej chociażby wykazując brak zgodności oferty z OPZ poprzez zastosowanie urządzeń niespełniających wymagań określonych w OPZ lub przez zaproponowanie rażąco niskiej ceny (różnica cenowa pomiędzy ofertą złożoną przez Odwołującego (3 377 977,33 zł), a wykonawcami którzy zastrzegli kosztorysy jest istotna (odpowiednio 2 876 218,57 i 2 948 956,59 zł). Wysoce prawdopodobnym jest, że wykonawcy zaproponowali niższe ceny z uwagi na zaproponowanie urządzeń niespełniających w pełni wymagań OPZ, np. w zakresie wejść HDMI, wymiarów i wagi proponowanych monitorów. Odwołujący nie jest jednak w stanie zweryfikować tej okoliczności z uwagi na zastrzeżenie poufności kosztorysów.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie jako wniesionego z uchybieniem ustawowego terminu, a w razie nieuwzględnienia tego wniosku - o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu wniosku o odrzucenie odwołania Zamawiający wskazał, że odwołanie dotyczy innej czynności Zamawiającego innej aniżeli rozstrzygnięcia wyniku postępowania, tj. czynności braku odtajnienia i udostępnienia złożonych przez Trias AVI sp. z o. o.: kosztorysów ofertowych obejmujących Scenografię, Prace budowlane, Oświetlenie sporządzonych według wzoru stanowiącego załącznik 2a do SWZ, kosztorysu obejmującego multimedia sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik 2b do SWZ), wykazu osób, wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie oraz złożonych przez Group AV sp. z o.o.: kosztorysu ofertowego obejmującego Oświetlenie sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik 2a do SWZ, kosztorysu obejmującego Multimedia sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik 2b do SWZ. Odwołujący już w dniu 31 marca 2023 r. wiedział jaki jest zakres danych objęty tajemnicą przedsiębiorstwa w ofertach wykonawców Group AV sp. z o.o. oraz Trias AVI sp. z o.o., ponieważ na podstawie wniosku Odwołującego z dnia 29 marca 2023 r., Zamawiający w dniu 31 marca 2023 r. udostępnił Odwołującemu protokół wraz z treścią jawną ofert ww. wykonawców. Zdaniem Zamawiającego z czynności tej oraz udostępnionych dokumentów wynika jednoznacznie, iż w pozostałym zakresie Zamawiający odmówił udostępnienia dokumentów, których dotyczył wniosek wykonawcy. Czynność ta została nazwana w odwołaniu „zaniechaniem” Zamawiającego. Tej czynności właśnie dotyczy odwołanie Deko – Bau sp. z o.o., dlatego w ocenie

Zamawiającego zarzut zaniechania udostępnienia pełnej treści ofert wykonawców Group AV sp. z o.o. oraz Trias AVI sp. z o.o. dotyczy czynności Zamawiającego z 31 marca 2023 r., a wniosek Odwołującego z 19 kwietnia 2023 r. o udostępnienie ofert ww. wykonawców jest w istocie zgłoszeniem powtórzenia czynności, która przez Zamawiającego została wykonana 31 marca 2023 r. (Dowód: czynność zamawiającego z dnia 31 marca 2023 r. udostępnienia ofert w części z wyłączeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, wniosek odwołującego z dnia 19 kwietnia 2023 r. o udostępnienie pozostałych kosztorysów). Zamawiający stwierdził, że Odwołujący od 31 marca 2023 r. znał stanowisko Zamawiającego w przedmiocie tajemnicy przedsiębiorstwa pozostałych wykonawców, dlatego też termin do złożenia odwołania upłynął 10 kwietnia 2023 r., co uzasadnia jego odrzucenie jako czynności złożonej po terminie wyznaczonym w przepisach prawa. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający wskazał na orzeczenia Izby głównie z 2013, 2014 r., 2015 r.

W uzasadnieniu wniosku o oddalenie odwołania Zamawiający podał: „W przypadku przyjęcia odwołania do rozpatrzenia wnoszę o jego oddalenie. Wykonawcy zastrzegli bowiem skutecznie tajemnicę przedsiębiorstwa, której zakresem zamawiający był związany. Podkreślić w tym miejscu należy, że co do zasady to wykonawca decyduje czy daną informację objąć ochroną czy nie. Zamawiający nie jest władny arbitralnie stwierdzać, że określony rodzaj informacji powinien być jawny a inny nie. Wyjątkiem będą tutaj informacje, które są jawne z 7

mocy prawa np. wymienione w art. 222 ust. 5 pzp, wszelkie dane rejestrowe, informacje o wcześniej wykonanych zamówieniach publicznych. W przypadku tego rodzaju informacji zamawiający jest władny stwierdzić nieskuteczność zastrzeżenia z uwagi na wynikającą z przepisów prawa powszechnie obowiązującego jawność tego rodzaju danych. Widać to wyraźnie na przykładzie wcześniej wykonywanych zamówień - o ile zamówienia realizowane na rzecz podmiotów publicznych będą jawne o tyle już nawet takie same realizacje na rzecz podmiotów prywatnych mogą być wyłączone spod jawności. Zamawiający nie jest jednak władny oceniać czy dana informacja może mieć wartość gospodarczą dla wykonawcy czy nie. Zamawiający w niniejszej sprawie uznał za przekonujące argumenty wskazane przez wykonawców, wskazujące na konieczność uznania tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wskazanym przez wykonawców, poparte orzecznictwem KIO zawartym w treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa."

Na okoliczność wystąpienia przesłanek odrzucenia odwołania oraz skutecznego zastrzeżenia przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodów: z wydruku historii czynności Zamawiającego z dnia 31 marca 2023 r. udostępnienia ofert w części jawnej oraz z wniosku Odwołującego z dnia 19 kwietnia 2023 r. o udostępnienie kosztorysów, które zostały załączone do pisma.

Wykonawca Trias AVI sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący") wypełniając wymogi ustawowe zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania. W pisemnym stanowisku Przystępujący wniósł o odr5zucenie odwołania jako wniesionego po upływie terminu.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do ww. pism stron.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie przez Strony i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

Izba nie uwzględniła powyżej wskazanych wniosków Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania, jako wniesionego po upływie terminu.

Stosownie do art. 528 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W okolicznościach analizowanej sprawy zauważenia wymaga, że Zamawiający wywodzi podstawę do wniesienia odwołania z faktu, iż w dniu 31 marca 2023 r. przekazał Odwołującemu na jego wniosek z 29 marca 2023 r. jedynie część jawną ofert złożonych przez wykonawców Group AV sp. z o.o. oraz Trias AVI sp. z o.o. Zamawiający pomija przy tym, że

odwołanie dotyczy nie tylko zaniechania odtajnienia kosztorysów ofertowych złożonych przez ww. wykonawców, ale też wykazu usług/dostaw i wykazu osób złożonych przez Trias AVI sp. z o.o. w kwietniu 2023 r., a zatem nie będących jeszcze w posiadaniu Zamawiającego w dniu 31 marca 2023 r., jak też pomijając, iż dopiero w piśmie z 25 kwietnia 2023 r., stanowiącym odpowiedź na wystąpienie Odwołującego za pismem z 19 kwietnia 2023 r. o odtajnienie wskazanych w nim dokumentów, przedstawił swoje stanowisko co do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez ww. wykonawców.

Jak wynika z dokumentacji postępowania sekwencja zdarzeń w omawianym zakresie przedstawia się następująco: termin składania ofert upływał 24 marca 2023 r.; 29 marca 2023 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami, w tym kosztorysów złożonych wraz z ofertą przez wykonawców Group AV sp. z o.o. oraz Trias AVI sp. z o.o.; 31 marca 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu część ofert uznaną przez wykonawców za jawną, nie przedstawiając żadnego swojego stanowiska co do skuteczności zastrzeżenia przez ww. wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa wobec pozostałych dokumentów; 18 kwietnia 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Trias AVI sp. z o.o.; za pismem z 19 kwietnia 2023 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o odtajnienie wszystkich kosztorysów ofertowych złożonych przez ww. wykonawców; 25 kwietnia 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom wraz z uzasadnieniem swoje stanowisko dotyczące skuteczności

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu wykonanych dostaw/usług z referencjami, wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, kosztorysów ofertowych złożonych wraz z ofertami. Dodatkowo wskazania wymaga, że pismem z 29 marca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Trias AVI sp. z o.o., którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, zakreślając termin na ich złożenie do 11 kwietnia 2023 r., który na wniosek wykonawcy 6 kwietnia 2023 r. został wydłużony do 14 kwietnia 2023 r.

W okolicznościach analizowanej sprawy, zauważenia wymaga, że jakkolwiek 31 marca 2023 r. Odwołujący nie otrzymał kosztorysów ofertowych wykonawców Group AV sp. z o.o. oraz Trias AVI sp. z o.o. i dowiedział się, że wykonawcy Ci zastrzegli je jako tajemnicę przedsiębiorstwa, to jednak, nie znał stanowiska Zamawiającego odnośnie skuteczności takiego zastrzeżenia. Zamawiający nie poinformował bowiem o tym, że uznaje je za skutecznie zastrzeżone i dlatego ich nie udostępnia. Wprawdzie nie poinformował także, że ocena w tym zakresie jest w toku, jednak jak wynika z ww. sekwencji zdarzeń na dzień 31 marca 2023 r. czynności badania i oceny ofert nie zostały zakończone.

W związku z tym, za nie mniej uprawnione, jak to, że przez brak przekazania zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, Zamawiający dał wyraz temu, że zostały one skutecznie zastrzeżone, można przyjąć założenie, że w zakresie oceny przez Zamawiającego w tym zakresie nie zapadły jeszcze konkretne decyzje i dlatego Zamawiający nie poinformował

o nich. W konsekwencji nie można wykluczyć, że w razie wniesienia odwołania w terminie liczonym od 31 marca 2023 r., pojawiłaby się argumentacja, że jest ono przedwczesne.

Zamawiający jest obowiązany do samodzielnej oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez wykonawców. Mając na uwadze zasady obowiązujące na gruncie zamówień publicznych, w tym zasadę przejrzystości i przeprowadzania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, Zamawiający winien w sposób jednoznaczny przedstawić swoje stanowisko co do oceny uzasadnienia sporządzonego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tak, aby inny wykonawca, mógł w oparciu o nie podjąć decyzję co do możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej i sformułowania ewentualnych zarzutów. Przed 25 kwietnia 2023 r., kiedy to Zamawiający przedstawił swoje stanowisko i podał, które elementy uzasadnienia podane przez wykonawców jego zdaniem przesądzają o słuszności zastrzeżenia kosztorysów, a także złożonych po 31 marca 2023 r. wykazu dostaw/usług oraz wykazu osób, Odwołujący nie był w posiadaniu tej wiedzy.

Z tych względów w ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy, termin na wniesienie odwołania liczony od daty wyboru najkorzystniejszej oferty, kiedy to Zamawiający zakończył badanie i ocenę ofert, przy uwzględnieniu daty przekazania przez Zamawiającego swojego stanowiska w zakresie oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. 25 kwietnia 2023 r., należy uznać za zachowany zarówno w odniesieniu do wykazów: dostaw/ usług i osób, jak też kosztorysów ofertowych.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej, Odwołujący wskazał m.in., że w razie uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności oceny ofert z odtajnieniem dokumentów złożonych przez pozostałych wykonawców, w przypadku ponownej weryfikacji ofert z udziałem Odwołującego i odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Trias AVI sp. z o.o. i Group AV sp. z o.o. jako niezgodnych z SWZ lub zawierających rażąco niską cenę, oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej stosownie do przepisu art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 18 Pzp: 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., 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

Z przepisu tego wynika, że zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gwarantująca jego transparentność, zaś ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w ściśle określonych przypadkach. Oznacza to, że wykonawcy, którzy zamierzają brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą uwzględniać tę zasadę i liczyć się z tym, że składane przez nich dokumenty i przekazywane informacje mogą zostać ujawnione, chyba, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostanie to przez nich wykazane wraz z przekazaniem tych informacji.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do

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

W pierwszej kolejności zwrócenia uwagi wymaga to, że z ww. przepisów wynika, że chodzi o informacje, a zatem nie o całe dokumenty, gdy w całości nie zawierają one informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Następnie zauważenia wymaga, że wprowadzając obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy Pzp dokonana 29 sierpnia 2014 r.), 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.

W toku badania złożonych przez wykonawców obowiązkiem zamawiającego jest ustalenie czy wykonawca, który wyraził wolę utrzymania w poufności określonych informacji, wykazał należycie, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym nie wystarcza złożenie w tym zakresie ogólnikowych oświadczeń co do objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, lecz konieczne jest rzeczywiste wykazanie, że ściśle określone informacje przekazywane w danym postępowaniu wypełniają wszystkie przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z tych względów wraz z przekazaniem zastrzeganych informacji, dla wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji, wykonawcy zobowiązani są wykazać łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w ww. art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj., że informacje te mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, że informacje te 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, jak też, że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, z uwzględnieniem, że wymóg posiadania wartości gospodarczej odnosi się do każdej z informacji, tj. nie tyko „innej", ale także informacji mających charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny, a zatem nie jest wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy z tego powodu, że pozostanie poufna, np. może być dla wykonawcy źródłem zysków lub pozwalać na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Rolą Zamawiającego jest natomiast zbadanie czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, bowiem to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym co do zasady postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dane informacje, mogą stanowić wyjątek od tej zasady i pozostać niejawne.

Badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W analizowanym przypadku rozstrzygnięcia Izby wymaga czy Zamawiający zasadnie uznał, że wykonawcy Group AV sp. z o.o. oraz Trias AVI sp. z o.o. w ustawowym terminie należycie wykazali, że zastrzeżone przez nich kosztorysy ofertowe oraz - w przypadku wykonawcy Trias AVI sp. z o.o. – wykaz dostaw/usług oraz wykaz osób w całości zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z tym korzystają z wyjątku od zasady jawności postępowania i nie mogą być udostępnione konkurencyjnemu wykonawcy celem ich zweryfikowania, w tym pod względem zgodności z dokumentami zamówienia.

Zamawiający przedstawił ocenę w tym przedmiocie w piśmie z 25 kwietnia 2023 r., w

którym zostało podane:

Zamawiający, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), w związku z art. 1 1 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018, poz. 419 ze zm.), informuje że wykonawcy skutecznie zastrzegli dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa tj. wykaz wykonanych dostaw/usług z referencjami, wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, kosztorysy ofertowe, złożone z ofertami w postępowaniu pn. „MOTEK projekt multimedialnej ekspozycji — stanowiska oraz system multimedialnej „chmury" zabytkowego budynku Kantoru w Żyrardowie".

Wbrew Państwa stanowisku, wyrażonym we wniosku z 19.04.2023 r., kosztorysy ofertowe z cenami jednostkowymi mogą stanowić zastrzeżone informacje.

Taki stan rzeczy ma miejsce w niniejszym postępowaniu, albowiem wykonawcy w kosztorysach zamieścili informacje o wycenie kontentów w postaci kalkulacji własnych i sposobie ich realizacji oraz sposób budowania strategii cenowej i elementy składowe tej strategii.

Ponadto, wykonawcy zamieścili w kosztorysach oprócz cen wyposażenia, także nazwy własne proponowanych do realizacji zamówienia, określili warunki techniczne i technologiczne realizacji przedmiotowego zamówienia, wykazali, że zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do informacji publicznej oraz, że podjęto w stosunku do tych informacji niezbędne działania celem zachowania ich poufności.

Biorąc pod uwagę brzmienie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018, poz. 419 ze zm.), Zamawiający uznał jak na wstępie.

W ocenie Izby nie można podzielić ww. stanowiska Zamawiającego. Analiza treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez wykonawców Group AV sp. z o.o. oraz Trias AVI sp. z o.o., przy uwzględnieniu dokumentacji postępowania opracowanej przez Zamawiającego, w tym kosztorysów stanowiących załączniki do SWZ, nie pozwala bowiem uznanie, że Zamawiający należycie wywiązał się ze swojej roli i rzetelnie ocenił sposób wykazania, że zastrzeżone przez wykonawców w całości dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii zastrzeżenia przez ww. wykonawców kosztorysów ofertowych, wskazania wymaga, że jakkolwiek można sobie wyobrazić, że w określonych sytuacjach kosztorysy ofertowe z przedstawionymi w cenami jednostkowymi, np. w sytuacji gdy ich treść zawierałaby elementy unikalne, wyróżniające je od standardowo występujących w danych warunkach i wskazujący na autorski charakter, mogłyby stanowić zastrzeżone informacje, to jednak nie dotyczy to analizowanego postępowania.

Treść SWZ, w tym pkt 6.8 ppkt 3, zgodnie z którym wraz z ofertą wykonawca winien złożyć: 3) Kosztorysy ofertowe muszą być opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę lub osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy. Formularze cenowe

stanowią integralna część oferty załączniki 2a i 2 b do SWZ. oraz odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 1 z 24 lutego 2023 r., gdzie zostało jasno podane: (…) Ofertę należy sporządzić na podstawie wypełnionych Formularzy kosztorysów ofertowych. Zgodnie z zapisem w Formularzu ofertowym, będącym załącznikiem nr 2 do SWZ oraz zapisami w Rozdziale XIII pkt 13.4, wykonawca jest zobowiązany załączyć do Formularza oferty, Formularze cenowe, a także analiza złożonych w postępowaniu kosztorysów ofertowych wskazuje na to, że stosownie do oczekiwań Zamawiającego wykonawcy złożyli wraz z ofertą kosztorysy ofertowe zgodne z załącznikami nr 2a i 2b do SWZ, stanowiącymi integralną część oferty.

Jak zauważył Odwołujący w powyżej przedstawionym odwołaniu, czemu Zamawiający i Przystępujący nie zaprzeczyli, Zamawiający narzucił strukturę kosztorysów, nakazując ich wykonanie w formie tabel według wzoru sporządzonego w formie arkusza Excel zawierającego wyraźnie opisane pozycje. Trudno zatem uznać, że stanowią one wyraz ich twórczej inwencji. Poza wstawieniem cen do opracowanych przez Zamawiającego tabel, zawierających poszczególne wymagane przez niego pozycje przedmiotowe, a w niektórych kosztorysach także np. danych dotyczących producenta urządzeń przewidzianych do realizacji zamówienia, które musiały być zgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, nie zawierają one dowolnie wprowadzonych przez wykonawców pozycji przedmiotowych czy informacji wskazujących na sposób kalkulacji ceny. Samo zaoferowanie w poszczególnych pozycjach cen, jakkolwiek jest sprawą indywidualną każdego wykonawcy, to jednak znajduje przełożenie na cenę jego oferty, która jest jawna. Trudno bez konkretnego wyjaśnienia wykonawcy uznać, że w analizowanym postępowaniu, sama wycena, dokonana w narzuconych przez Zamawiającego ramach, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienia wykonawców Group AV sp. z o.o. oraz Trias AVI sp. z o.o. takiego wyjaśnienia nie przedstawiają.

Nie przedstawiają także uzasadnienia, dlaczego poznanie przez konkurencyjnych wykonawców cen czy np. producenta lub modelu urządzeń, wskazanych w kosztorysach, sporządzonych według konkretnie określonych wymagań Zamawiającego w tym postępowaniu, tak co do treści formularzy cenowych, jak też co do opisu wymagań odnośnie do przedmiotu zamówienia, miałoby stanowić zagrożenie ich interesów i zmniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Mają one charakter ogólny. Poszczególne ich fragmenty mogłyby zostać przedstawione jak wstęp do szczegółowych wyjaśnień w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, gdzie również nie chcieliby ujawniać składanych dokumentów. Istotna część uzasadnień, to teoretyczne wywody dotyczące obowiązujących przepisów prawa, poparte cytatami z orzecznictwa, niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w zastrzeganych dokumentach składanych w przedmiotowym postępowaniu.

Ww. wykonawcy powołali się na to, że kosztorysy stanowią ich know-how, nie wykazując przy tym co w realiach analizowanego postępowania miałoby na to wskazywać. Dlaczego samodzielne wskazanie w poszczególnych kosztorysach cen, a w niektórych także

np. producenta czy modelu urządzenia, oznacza, że są to niejawne informacje, np. nie są one łatwo dostępne, nad np. są istotne z punktu widzenia wytwarzania określonego produktu. Trudno uznać za przekonującą w omawianym zakresie argumentację wykonawców przedstawioną z użyciem tego terminu. Wskazania wymaga, że np. Trias AVI sp. z o.o. wyjaśnił tę kwestię w sposób: Analiza wymagań Zamawiającego, której wyrazem są kosztorysy ofertowe mają znaczenie i wartość gospodarczą dla Wykonawcy i są chroniona przez Wykonawcę jako stanowiące tzw. know-how przedsiębiorcy, gdyż jest wynikiem wnikliwej i kosztownej (w znaczeniu poniesionych kosztów pracy pracowników Wykonawcy) analizy zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia, dokonanej przez Wykonawcę w celu pozyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym informacje te posiadają wartość gospodarczą. (…) Nawet jeżeli wymagania Zamawiającego mogą zostać spełnione przez standardowe rozwiązania stanowiące zamknięty katalog możliwości, to dobór poszczególnych elementów rozwiązania ma charakter twórczy i unikalny, podlegający ochronie nawet, mimo iż niektóre informacje dotyczące poszczególnych elementów mają charakter ogólnodostępny. Opracowany przez

Wykonawcę formularz kalkulacji ceny oferty przedstawia rozwiązania stanowiące efekt posiadanego przez Wykonawcę knowhow i umożliwiają mu złożenie oferty zgodnej ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego oraz konkurencyjnej cenowo.

Tymczasem nie jest niczym szczególnym to, że biorąc udział w postępowaniu, każdy wykonawca jest obowiązany zapoznać się z treścią dokumentów zamówienia opracowanych przez Zamawiającego i dokonać ich analizy, w celu sprostania wymogom w nich postawionym. Nie zostało wykazane, dlaczego w tym konkretnym postępowaniu np. dobór urządzeń miałby mieć unikalny charakter.

Nadto wykonawcy wskazali wprawdzie ogólnikowo, że podejmują działania w celu zachowania poufności, np. stosują klauzule poufności w umowach, jednak nie przedstawili na tę okoliczność żadnych dowodów. Do ich pism nie zostały załączone jakiekolwiek dowody, np. potwierdzające istnienie w przedsiębiorstwie określonych procedur czy zamieszczanie w umowach z zatrudnionymi osobami klauzul poufności.

Wykonawca Trias AVI sp. z o.o. w piśmie z 23 marca 2023 r. zastrzegł poza kosztorysami ofertowymi (Scenografia, Prace budowlane, Oświetlenie, Multimedia) także wykaz zamówień wraz z referencjami i wykaz osób. Potwierdza to szablonowy charakter uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze, wykonawca ten pominął terminologię używaną w tym konkretnym postępowaniu, tj. w miejsce wykazu dostaw/usług zastrzegł „wykaz zamówień wraz z referencjami". Po drugie, przed terminem składania ofert nie mógł mieć wiedzy co do tego, że jego oferta zostanie najwyżej oceniona i zostanie wezwany do złożenia dokumentów podmiotowych.

Niezależnie od tego zauważenia wymaga, że w zakresie zastrzeżenia wykazu zamówień wraz z referencjami zostało wskazane: Wykonawca pragnie wskazać, że wykaz osób oraz posiadane referencje nie były publicznie udostępniane podmiotom trzecim a fakt

współpracy z określonymi partnerami posiada wymierną wartość gospodarczą. Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że w stosunku do obu wykazów podjął starania dla zachowania ich poufności.

W celu ochrony ww. informacji Trias AVI Sp. z o. o. zastosował i stosuje w umowach klauzule o zachowaniu poufności realizowanych zamówień, przy czym poufnością, na podstawie tych klauzul, objęte są zarówno rodzaje usług świadczonych na rzecz kontrahentów jak i same dane kontrahentów. Na mocy tych klauzul obie strony, tzn. Wykonawca jak i kontrahent zobowiązały się do zachowania w poufności informacji co do realizowanych usług i danych kontrahenta. Takie klauzule, czy to zawarte w pisemnych umowach między kontrahentami, czy też wyrażone w innej formie (np. w wiadomości elektronicznej, odrębnego zobowiązania), a także w formie ustnej, jako że brak przepisów precyzujących, w jakiej formie należy zastrzec obowiązek zachowania informacji w poufności, pozostają wiążące zarówno dla Wykonawcy i jego kontrahentów.

Zwraca uwagę nie tylko ogólnikowość ww. twierdzeń, ale też brak wskazania i wykazania, że podmiotami wymienionymi w wykazie nie są podmioty publiczne, dla których zamówienia nie były realizowane w reżimie zamówień publicznych i w związku z tym są one niejawne, co w okolicznościach przedmiotowego postępowania, zważywszy na specyfikę wymogów, należy uznać za element konieczny. W tym zakresie również brak jest przedłożenia przez wykonawcę jakichkolwiek dowodów, w tym umów zawierających wskazane klauzule.

Rolą Zamawiającego było zweryfikowanie czy zamawiającymi wskazanymi w wykazie są podmioty publiczne, a w razie stwierdzenia, że tak jest, odtajnienie wykazu, skoro zawiera jawne informacje. Tymczasem w swoim stanowisku Zamawiający jedynie stwierdził, że wykonawca skutecznie zastrzegł ww. wykaz.

Z kolei w zakresie zastrzeżenia wykazu osób zostało wskazane m.in., na ryzyko „podbierania" personelu oraz, że informacje te należy brać pod uwagę jako całość, co oznacza, że jawność dokumentów potwierdzających wymagane uprawnienia niweczyłaby zastrzeżenie poufności wykazu osób. Nie stwierdził przy tym, że np. osoby wskazane w tym wykazie same nie udostępniają wiedzy o swoim zatrudnieniu np. na określonych portalach społecznościowych. Wskazał też, że stosuje rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez m.in. zawieranie odpowiednich postanowień w Regulaminie, umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami oraz umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi, podwykonawcami, jednak nie przedłożył jakichkolwiek dowodów, w tym umów zawierających wskazane klauzule.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że wbrew stanowisku Zamawiającego wykonawcy Group AV sp. z o.o. oraz Trias AVI sp. z o.o. nie wykazali, że zastrzeżone przez nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W szczególności nie wykazali, że zostały podjęte w stosunku do tych informacji niezbędne działania celem zachowania ich poufności. Nie wykazali, w jaki sposób konkurencyjny wykonawca mógłby pozyskane informacje 16

wykorzystać w celu osiągniecia zysku czy zmniejszenia kosztów działalności w przyszłych postępowaniach. Nie wykazali, że mimo szczegółowych wymagań Zamawiającego przedstawionych zarówno co do pozycji kosztorysów cenowych, które mają być uzupełnione jedynie o wskazane elementy i wycenione, oraz szczegółowych wymagań co do przedmiotu zamówienia, samo uzupełnienie kosztorysów w okolicznościach tego postępowania wskazuje na ich know-how i przedstawia wartość gospodarczą. Jak zauważył Odwołujący, czemu Zamawiający i Przystępujący nie zaprzeczyli, Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia określił warunki techniczne i technologiczne realizacji przedmiotowego zamówienia nie dając w tym zakresie swobody wykonawcom. W związku z tym zgodzić się należy z twierdzeniem Odwołującego, że narzucone przez Zamawiającego wzory kosztorysów nie zawierają pozycji w których wykonawcy mogliby wskazać „warunki techniczne i technologiczne realizacji przedmiotowego zamówienia" lub nazwy własne zastosowanych elementów.

Ww. wykonawcy nie udźwignęli ciężaru wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, nie przedstawili dowodów na okoliczność podjęcia działań w celu utrzymania ich w poufności. Przedstawione przez nich uzasadnienie zastrzeżenia jest ogólnikowe, zawiera gołosłowne oświadczenia wykonawcy.

Zwraca również uwagę, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że nie jest władny arbitralnie stwierdzić, że dany rodzaj informacji powinien być jawny a inny nie, że to wykonawca decyduje czy daną informację objąć ochroną czy nie. Stwierdził też, że nie jest władny ocenić, czy dana informacja może mieć wartość gospodarcza dla wykonawcy czy nie.

Tymczasem jak wyżej wskazano rolą Zamawiającego jest ocena czy wykonawca wykazał, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem nie wystarczy w tym zakresie sama wola utajnienia informacji przez wykonawcę, ale konieczne jest wykazanie przez niego, że dana informacja rzeczywiście stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby stanowisko zaprezentowane w omawianym zakresie przez Zamawiającego zarówno w piśmie z 25 kwietnia 2023 r. jak też w odpowiedzi na odwołanie, wskazuje, że wbrew ciążącemu na nim obowiązku, nie dokonał rzetelnej oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez ww. wykonawców i w związku tym uznał ich gołosłowne, ogólnikowe twierdzenia, za przekonujące argumenty.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) 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). Izba uwzględniła wniosek Odwołującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika do wysokości zgodnej z ww. rozporządzeniem. W pozostałym zakresie Izba nie uwzględniła wniosku kosztowego Odwołującego, uznając go za bezzasadny.

Przewodniczący: ……..……..