

Sygn. akt: KIO 3044/24

WYROK

z dnia 3 września 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2024 roku przez wykonawcę Networked Energy Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie przy udziale Przystępujących zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego:

- 1) Axians IT Solutions Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w Warszawie;

- 2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum

w składzie: (1) ESMETRIC Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Liderem Konsorcjum) oraz UAB „Elgama-Elektronika” z siedzibą w Wilnie (Uczestnik Konsorcjum)

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Networked Energy Services

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku w następujący sposób:

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

kwotę 11 070 zł 00 gr (słownie: jedenastu tysięcy siedemdziesięciu złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 17 zł 00 (słownie: siedemnastu złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

- 2.2. zasądza od Odwołującego – Networked Energy Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku na rzecz Zamawiającego – TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3044/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa na rok 2025-2026 liczników zdalnego odczytu energii elektrycznej (liczników bilansujących) do opomiarowania stacji elektroenergetycznych SN/nN.

Dnia 23 sierpnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.; - dalej: „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca Networked Energy Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, dalej jako „Odwołujący” lub „NES”.

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. negatywnej ocenie zasadności zastrzeżenia wyjaśnień NES z dnia 30.07.2024 r., jako

zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa;

2. odtajnieniu całości załączników do wyjaśnień z dnia 30 lipca 2024r. dotyczących

zaoferowanej ceny przez NES, tj. informacji podlegających ochronie na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp innym zainteresowanym stronom po dniu 23.08.2024 r.

Odwolujący zarzucał naruszenie następujących przepisów PZP:

1. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania

Odwolującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie kwestii szczegółowych dotyczących informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, co do których Zamawiający powziął wątpliwości;

2. art. 16 pkt. 1-3 PZP, art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: UZNK, art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b PZP w zw. z art. 577 PZP poprzez postanowienie

o odtajnieniu dokumentów przekazanych przez Odwołującego w związku z wyjaśnieniami ceny wraz z załączonymi do nich kosztorysami i ofertami, pomimo że stanowią skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego;

3. art. 16 pkt 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający

zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

Odwolujący wnosił o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia w całości czynności z dnia 13 sierpnia

2024 r. ze skutkiem odtajnienia informacji na dzień 23 sierpnia 2024 r.;

3. nakazanie Zamawiającemu utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zastrzeżonych przez NES w zakresie wskazanym szczegółowo w treści uzasadnienia odwołania.

Odwolujący wskazał, że posiada interes, ponieważ złożył ofertę w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu i gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący ma więc interes we wniesieniu odwołania, gdyż może ponieść szkodę w związku z możliwością udostępnienia danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa z upływem dnia 23.08.2024 r.

Termin na złożenie odwołania został zachowany, bowiem odwołanie wniesione zostało w terminie 10 dni od dnia 13 sierpnia 2024 r., zaś kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu za pomocą wykorzystywanej platformy zakupowej oraz poczty elektronicznej. Wpis od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy UZP.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący zaznaczył, że w dniu 15.05.2024 r. Zamawiający opublikował za pośrednictwem platformy zakupowej (pod adresem ) ogłoszenie o postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego sektorowego na dostawę o wartości przekraczającej progi unijne na podstawie ustawy Pzp.

W dniu 3 lipca 2024 r. nastąpiło otwarcie ofert, z czego informację Zamawiający opublikował na platformie zakupowej w tym samym dniu.

Z kolei w dniu 22 lipca 2024 r. Zamawiający wezwał oferenta NES do:

1. złożenia dokumentów potwierdzających umocowanie Pana P. W. do złożenia oferty w imieniu Wykonawcy;
2. złożenia dokumentów potwierdzających dysponowanie zasobami podmiotu udostępniającego zasoby;
3. złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP (JEDZ), w zakresie w jakim dotyczy ono podmiotu udostępniającego zasoby.

Ponadto na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, Zamawiający wezwał Wykonawcę (NES) do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta złożona zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub istotnych części składowych.

Zamawiający jednocześnie zwrócił uwagę, że w przypadku, gdy składane wyjaśnienia lub uzupełniane dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca powinien wyraźnie zastrzec niejawnosć tych informacji oraz zabezpieczyć dokumenty, których treść stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób uniemożliwiający bezpośrednie odczytanie treści.

W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący sporządził i przesłał pismo z dnia 30.07.2024 r., w którym wykazał zasadność braku rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i wskazał również, że wyjaśnienia w zakresie

wyliczenia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast szczegółowe wyjaśnienia, co do zakresu tajemnicy przedsiębiorstwa zostały zawarte w załącznikach, do których dostęp został opatrzony hasłem.

Na powyższe Zamawiający w dniu 13.08.2024 r. przesłał pismo, w którym stwierdził, iż nie dostrzega podstaw do ochrony zastrzeżonych informacji na podstawie art. 18 ust. 3 PZP, co oznacza możliwość udostępnienia tych informacji innym zainteresowanym stronom po dniu 23.08.2024 r., tj. po upływie terminu na wniesienie odwołania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę, zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one ogólnie udostępnione. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki, tj.: a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Ocena, czy informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jest obowiązkiem zamawiającego wyrażonym w przepisie art. 18 ust. 1-3 ustawy PZP.

W ocenie Odwołującego doszło do naruszenia art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie kwestii szczegółowych dotyczących informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, co do których Zamawiający powziął wątpliwości. Powzięcie dalszych czynności, w tym m.in. ujawnienie dokumentacji oznaczonej przez NES, jako tajemnica przedsiębiorstwa, znacząco zagraża Odwołującemu poniesieniem straty nie tylko finansowej, ale i wizerunkowej, partnerskiej czy też gospodarczej.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 PZP W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Na podstawie ust. 1 komentowanego przepisu zamawiający może w toku badania i oceny ofert żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących nie tylko treści złożonych ofert, lecz także — co stanowi w tym miejscu odmiennosc od regulacji Prawa zamówień publicznych z 2004 r. — przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. W języku polskim słowo „wyjaśnić” oznacza „uczynić coś zrozumiałym”, „podać powody, motyw”. Zastosowanie instytucji wyjaśnień wymaga zatem wystąpienia po stronie zamawiającego wątpliwości, a ich zaistnienie powinno wynikać z uzasadnionych przesłanek, w szczególności z dowodu przedstawionego przez innego Wykonawcę, czy też sytuacji, gdy zamawiający samodzielnie nie jest w stanie ustalić rzeczywistej woli wykonawcy. Wyjaśnienia mogą dotyczyć wszystkich elementów oferty: zarówno jej zawartości merytorycznej, jak i warunków wykonania zamówienia. Ograniczeniem jest jedynie to, zakres żądanych wyjaśnień nie może prowadzić do negocjacji między zamawiającym a wykonawcą dotyczących złożonej oferty, a także dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści, poza czynnościami wymienionymi w ust. 2 komentowanego przepisu (Poprawianie omyłek) i art. 187 p.z.p. (w dialogu konkurencyjnym). Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, wynikających ze złożonej oferty — działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 15 pkt 1 i 2 p.z.p.

Wynikająca z komentowanego ust. 1 zasada niezmienności oferty stanowi gwarancję zachowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców. Zmiany są dopuszczalne tylko w ściśle określonych przypadkach. Odnosząc się do zasad wykładni, z uwzględnieniem ustalonych zwyczajów, w orzecznictwie KIO wskazuje się, że nie jest uprawnione dokonywanie wykładni oświadczenia woli wprost przeciwnej do jasnego brzmienia tego oświadczenia. Cywilnoprawne reguły wykładni oświadczeń woli, jakkolwiek obowiązujące także przy udzielaniu zamówień publicznych nie mogą być tak rozumiane, że będą prowadzić do skutków niedających się pogodzić z naczelnymi zasadami udzielania zamówień. Aby istniały podstawy do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie ust. 1, treść oferty powinna być niejasna lub budzić wątpliwości. W przeciwnym wypadku mogą być one uważane za niedozwolone negocjacje treści oferty. Z takimi negocjacjami będziemy mieć do czynienia, gdy wykonawca w wyjaśnieniach zmieni wcześniejszą ofertę. [...] Żądanie wyjaśnienia treści oferty na podstawie ust. 1 może być kierowane więcej niż jeden raz w toku postępowania.

Na okoliczność, brzmienie ust. 1 nie daje podstaw do twierdzenia o dopuszczalności jedynie

jednokrotnego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści jego oferty wskazuje się też w orzecznictwie KIO.

Przepis nie ogranicza także w jakikolwiek sposób przyczyn, dla których ponowne wezwanie może kierować zamawiający (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 223).

Wyjaśnienia treści oferty, o których mowa w art. 223 ust. 1 p.z.p., służyć mają rozwianiu wątpliwości, które wynikają zarówno z niejasnych lub sprzecznych ze sobą dokumentów załączanych do oferty, jak i z samej treści oferty. Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 p.z.p. oznacza, że zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie

przy udziale Wykonawcy (Wyrok KIO z 14.03.2023 r., KIO 544/23, LEX nr 3511218).

W ocenie Odwołującego, Zamawiający powziął wątpliwości, co do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa. Świadczy o tym choćby fakt, że w piśmie z dnia 13.08.2024 r. wskazano, iż „Zamawiający dokonał analizy charakteru informacji przedstawionych w ww. załącznikach i nie wyklucza, że mogą mieć charakter tajemnicy przedsiębiorstwa NES”. Powyższe winno poddać Zamawiającego refleksji, że w zaistniałej sytuacji, powinien wezwać Odwołującego w trybie art. 233 ust. 1 PZP do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności, co do przekazanej dokumentacji w załączeniu do pisma z dnia 30 lipca 2024 r. Tego jednakże Zamawiający nie uczynił, czym naruszył dyspozycję art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP. Doprowadziło to do sytuacji, w której Zamawiający z upływem dnia 23.08.2024 r. bezprawnie dokona ujawnienia danych podlegających tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tego względu, celem ochrony swoich praw i zapobieżenia powstania szkody po swojej stronie w postaci ujawnienia danych podlegających niejawności, jedynym rozsądnym i możliwym działaniem ze strony NES było sporządzenie i złożenie odwołania.

Zamawiający pomimo deklaracji, iż dokonał analizy charakteru informacji, w rzeczywistości nie sprostą powyższemu. Gdyby Zamawiający dokonał wspomnianej analizy w sposób dogłębny i rzetelny, to doszedłby do wniosku, że przedłożona przez NES dokumentacja podlega dyspozycji art. 18 PZP. Przy czym uwypuklenia wymaga, że w razie pojawienia się jakichkolwiek wątpliwości po stronie Zamawiającego, powinien wezwać NES do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący podniósł nadto, że zarzut braku rzetelnej i dogłębnej analizy dokumentacji wynika z faktu, iż nie tylko z samego pisma z dnia 30.07.2024 r., ale i z przedłożonych do pisma załączników wynika zasadność utajnienia dokumentacji stanowiącej

wyliczenia ceny. To załączniki do pisma stanowią podstawę do wykazania zasadności utajnienia danych wyliczeniowych. Treść omawianych załączników w sposób dosadny wyjaśnia potrzebę zastosowania ochrony zapewnionej dyspozycją art. 18 PZP. Zdaniem Odwołującego,

nie trzeba byłoby wzywać NES do dodatkowych wyjaśnień, bowiem zapoznanie się z załącznikami, w sposób dostateczny uzasadnia utajnienie dokumentacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednakże, jako że po stronie Zamawiającego pojawiły się wątpliwości, powinien on wezwać NES do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Przywołujący wyrok KIO z 10.03.2023 r., KIO 525/23, LEX nr 3508388 Odwołujący wskazał, że wypracowane na przestrzeni lat stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej jeszcze bardziej uzasadnia potrzebę wezwania NES przez Zamawiającego do złożenia stosownych wyjaśnień, a nie rozwiązania swoich wątpliwości na niekorzyść Odwołującego. Działania Zamawiającego narażają NES na poważną szkodę, zarówno w postaci utraty zaufanych kontrahentów, jak i ujawnienia jej gospodarczych i organizacyjnych danych.

Zastrzeżone informacje i dokumenty tworzą całość kalkulacji ceny ofertowej. Stanowią one dane gospodarcze i organizacyjne, dotyczące sposobu i metod działalności. Informacje te są danymi handlowymi na temat elementów ceny i sposobu jej budowania a także sposobu budowania strategii cenowej oferty. Informacje te oraz dokumenty, jako całość, decydują o przewadze rynkowej nad pozostałymi uczestnikami rynku. Kompilacja wspomnianych informacji i dokumentów pozwala uzyskać dane o systemowym i kompletnym modelu usługi, który to model wpływa bezpośrednio na sposób kalkulowania przez Odwołującego ceny ofertowej. Model ten, zobrażowany za pomocą zbioru informacji (kalkulacji oraz innych dokumentów), posiada wartość gospodarczą, ponieważ daje istotną przewagę, pozwalającą na szczególnie korzystne wyliczenie kosztów wykonania usługi.

Model ten oparty jest na odpowiednim doborze dostępnych Wykonawcy własnych środków realizacji zamówienia i siatki współpracujących kooperantów, oferujących korzystne warunki świadczenia usługi. Proporcja pomiędzy czynnikami kalkulacji ma decydujące znaczenie dla pozycji rynkowej posiadanej przez NES. Proporcja ta może zostać odczytana przede wszystkim w warstwie ekonomicznej i rachunkowej w wyniku udostępnienia jej podmiotom profesjonalnie działającym na rynku (konkurencja). Wykwalifikowani przedstawiciele form konkurencyjnych — w przypadku dotarcia do zastrzeżonych informacji — uzyskają wiedzę o przedmiotowych przez Odwołującego założeniach ekonomicznych i organizacyjnych oraz o sposobie funkcjonowania przedsiębiorstwa NES, a pozyskanie takich danych przez konkurencję, nałazi Odwołującego na szkodę i zagrazi jego interesowi w postaci utrzymania i zachowania posiadanej pozycji rynkowej.

Zgodnie z aktualną ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, za tajemnicę uznaje się informacje, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów,

nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są dla nich łatwo dostępne.

Zastrzeżenie jest zasadne zarówno ze względów funkcjonalnych, jak i celowościowych, a nadto jest zgodne z wymogami obowiązującej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zastrzeżone przez NES informacje dają wiedzę, co do sposobu kalkulowania cen, jaką Odwołujący posługuje się, jako przedsiębiorca, zaś sposób kalkulacji cen wpływa bezpośrednio na renomę przedsiębiorstwa oraz jego pozycję rynkową i konkurencyjność, więc tym samym stanowi wartość gospodarczą. Reasumując, w ocenie Odwołującego utajnienie jest uzasadnione interesem NES oraz zgodne z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i ustawy Pzp.

Odwołujący oświadczył także, że:

- 1) W zakresie dotyczącym braku ujawnienia do wiadomości publicznej —

zastrzeżone informacje zostały wytworzone indywidualnie dla potrzeb przedmiotowego zamówienia i nigdy nie były i nie są ujawniane do wiadomości publicznej oraz nie jest i nie było wolą Odwołującego ujawnianie ich na zewnątrz. Informacje te i dokumenty, a w szczególności ich kompilacja, nie są dostępne dozwoloną i zwykłą drogą, a dostęp do nich mają jedynie podmioty, których te informacje dotyczą. Informacje te nie są udostępniane w jakichkolwiek dostępnych publicznie materiałach, a system informatyczny, w którym są przechowywane, został zabezpieczony, zaś fakt ochrony został zakomunikowany osobom biorącym udział

w sporządzaniu oferty i kalkulacji. Nawet w sytuacji, gdy informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne, nie decyduje to o odebraniu przymiotu poufności całemu zespołowi wiadomości o produkcie. W związku z powyższym ochronie prawnej podlegać może zbiór danych jako całość, nawet jeżeli pewne elementy tego zbioru są podawane do wiadomości publicznej (np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2012 r., sygn. akt: V Ca 3061/11 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2007 r., sygn. akt: ...)

V CSK 444/06).

Odwołujący oświadczył, że kompilacja ww. zastrzeżonych informacji i dokumentów nie została nigdy udostępniona przez NES dla podmiotu innego Zamawiającego.

2) W zakresie dotyczącym podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania

poufności dotyczących zastrzeżonych informacji NES podjęła systemowe rozwiązania, zabezpieczające informacje i dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem, polegające m.in. na:

a) Zawieraniu z pracownikami i osobami współpracującymi umów o zakazie

konkurencji i zachowaniu poufności;

b) Ograniczeniu liczby osób mających dostęp do danych technicznych

i technologicznych;

c) Zabezpieczeniu nośników informacji utajnionych;

d) Wdrożeniu wewnętrznych regulacji określających zasady bezpieczeństwa

informacji;

e) Zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach

branżowych ewentualnie ograniczeniu ich treści;

f) Zawieraniu umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, które obejmują

również jego pracowników i osoby z nim współpracujące;

Wszystko powyższe wynika z pisma z dnia 30.07.2024 r., jak i z dołączonych do niego załączników. Ponadto, na wezwanie Zamawiającego, NES przedstawiłoby (w razie takiej potrzeby) jeszcze szersze wyjaśnienie zasadności zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak się jednak nie stało, przez co Zamawiający naraża NES na niepożądaną stratę.

Nadto Odwołujący uważa, że swoim działaniem, Zamawiający naruszył dyspozycję art. 16 pkt. 1-3 PZP, art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b PZP w zw. z art. 577 PZP poprzez postanowienie o odtajnieniu przekazanych dokumentów po upływie dnia 23.08.2024 r. w związku z wyjaśnieniami ceny wraz z załączonymi do nich kosztorysami i ofertami, pomimo że stanowią skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa oraz samego art. 16 pkt 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z 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.

Przygotowanie i prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga od zamawiających należytej staranności, ponieważ w przypadku naruszenia nader często stawiane są im zarzuty, w szczególności, gdy któryś z wykonawców po analizie zapisów np. SWZ dojdzie do wniosku, że uniemożliwiają mu ubieganie się o dane zamówienie lub stawiają go w zdecydowanie gorszej sytuacji w porównaniu do konkurencyjnych wykonawców. Wykonawca taki nie ma obowiązku każdorazowo udowadniać, że faktycznie w stosunku do niego naruszenie tej zasady wywołuje negatywne skutki, wystarczy w przypadku kwestionowania zapisów ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia nakazać hipotetyczną możliwość jej naruszenia, wskazując, że są one niedopuszczalne, ponieważ do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad określonych w art. 16 pkt 1 p.z.p. nie jest konieczne ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło. W

sytuacji bowiem, gdy wskazanemu i niezgodnemu z prawem warunkowi towarzyszyło tylko ryzyko ograniczenia

stosowania wskazanych zasad w prowadzonym postępowaniu przez zniechęcenie potencjalnych wykonawców do udziału w nim w związku z tworzeniem przez zamawiającego barier natury formalnej, jest to już wystarczające do formułowania wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania (A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran,

E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 16).

Zgodnie z art. 11 ust. 1 UZNK Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji.

Zasada jawności postępowania wynikająca z art. 8 ust. 1 p.z.p. jest jedną z podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, mającą zapewnić transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. Zasada ta może doznać ograniczenia jedynie w wyjątkowych przypadkach, szczególnie uzasadnionych i wykazanych, a to dotyczących informacji przedstawionych przez wykonawcę stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. (Uchwała KIO z 21.06.2018 r., KIO/KU 26/18, LEX nr 2542804).

Informacje dotyczące określonych relacji handlowych i wynikających z tych relacji warunków biznesowych współpracy (w tym warunków finansowych), mogą podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, o ile spełniają one przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., jako, że tego rodzaju informacje mogą mieć wpływ na konkurencyjność wykonawcy i jego pozycję rynkową (wyrok z 17.04.2018 r., KIO 565/18, LEX nr 2515217).

Odwołujący wyraża przekonanie, że NES skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający natomiast, pomimo posiadania nadal wątpliwości, zamiast wezwać NES do wyjaśnień, uznał, iż nie wyklucza, że informacje przedstawione w załącznikach mogą mieć charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, jednakże nie dostrzega podstaw do ochrony zastrzeżonych informacji na podstawie art. 18 ust. 3 PZP, co oznacza możliwość udostępnienia tych informacji innym zainteresowanym stronom po dniu 23.08.2024 r.

Doszło zatem w ocenie Odwołującego do naruszenia dyspozycji omawianych przepisów. Inne podmioty (konkurencja) przez bezprawne działania, może uzyskać po dniu 23.08.2024 r. dostęp do danych tajnych, wobec ujawnienia ich przez Zamawiającego. Taki stan rzeczy w oczywisty sposób wpływa negatywnie na Odwołującego i zagraża jego pozycji na rynku. Załączniki do pisma z dnia 30.07.2024 r. zawierają warunki handlowe, jak i biznesowe współpracy. Zatem są całkowicie niewrażliwe i stanowią o bycie na rynku Odwołującego. Ujawnienie ich spowoduje nieuzasadnioną przewagę podmiotów, jak również wytworzy możliwość powstania ryzyka wykorzystania dokumentów do stworzenia przewagi gospodarczej i rynkowej przez konkurencję Odwołującego. Zatem działania Zamawiającego w sposób wyraźny naruszają dyspozycję przywołanych przepisów.

Mając na uwadze całokształt zaistniałej sytuacji, Odwołujący wnosił jak we wstępie.

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

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

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Axians IT Solutions Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Warszawie;

- 2) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w

składzie: (1) ESMETRIC Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Liderem Konsorcjum) oraz UAB "Elgama-Elektronika" z siedzibą w Wilnie (Uczestnik Konsorcjum).

Przystępujący wnosili o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie

odwołania w całości. Zamawiający podtrzymał ocenę zasadności zastrzeżenia informacji przeprowadzoną w stosunku do dokumentów złożonych przez Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do:

1. złożenia dokumentów potwierdzających umocowanie Pana P. W. do złożenia oferty w imieniu Wykonawcy. Zamawiający podał, że dotychczas złożone przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają takiego umocowania, ponieważ Wykonawca nie dochował wymaganej formy pełnomocnictwa udzielonego Panu P.T. przez Pana M. M. w dniu 5 września 2022 r. (pełnomocnictwo dalsze, tj. udzielone w dniu 17 czerwca 2024 r. Panu P. W. nie budzi zastrzeżeń co do treści, jak i formy).

2. Złożenia dokumentów potwierdzających dysponowanie zasobami podmiotu udostępniającego zasoby. Złożone przez Wykonawcę zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby stanowiące cyfrowe odwzorowanie tego oświadczenia oryginalnie sporządzonego w formie pisemnej nie zostało poświadczane za zgodność przez wystawcę tego dokumentu, wbrew obowiązкови wynikającemu z pkt 3.8.1 SWZ. Ponadto treść zobowiązana jest nader lakoniczna, bowiem wynika z niej jedynie, że Holley Technology Limited „zobowiązuje się do udostępnienia Networked Energ Sewices Sp. z o.o. niezbędnych swoich zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (. . .)“.

3. Złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP (JEDZ), w zakresie w jakim dotyczy ono podmiotu udostępniającego zasoby.

Ponadto, Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub istotnych części składowych. Zamawiający zaznaczył, że Zaoferowana przez Wykonawcę cena oferty brutto wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, ponieważ jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia brutto ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień wskazujących na to, że zaoferowana cena została skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszelkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny.

Wykonawca powinien udowodnić realność zaoferowanej ceny oraz udowodnić, że jego cena jest wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia przy zachowaniu należytej staranności. Wykonawca nie będzie ponosił strat. Ciężar wykazania, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na Wykonawcy, a brak uzasadnienia dla niskiej ceny może skutkować uznaniem, że oferta podlega odrzuceniu. Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie

udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zamawiający w wezwaniu zamieścił także uwagę, że w przypadku, gdy składane wyjaśnienia lub uzupełniane dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca powinien wyraźnie zastrzec niejawnosć tych informacji oraz zabezpieczyć dokumenty, których treść stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób uniemożliwiający bezpośrednie odczytanie treści. Niezabezpieczenie w sposób właściwy dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa może spowodować niezamierzone ujawnienie ich treści.

Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, w tym zaznaczył, że wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, iż 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.

Załączone dokumenty stanowią informacje organizacyjne przedsiębiorstwa, które nie są powszechnie znane i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Holley Technology Limited.

Odwołujący wskazał również, że stosownie do pouczenia Zamawiającego o przedstawianiu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawca składa dokumenty w formie zahasłowanej, przy czym hasło do otwarcia dokumentów zostanie przekazane osobnym dokumentem.

Zamawiający poinformował, że zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień z dnia 30 lipca br. dotyczących zaoferowanej ceny przez Odwołującego uznaje za nieskuteczne w świetle art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK”).

Zamawiający zaznaczył, że dokonał analizy charakteru informacji przedstawionych w załącznikach i nie wyklucza, że mogą mieć charakter tajemnicy przedsiębiorstwa NES. Jednakże zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp to wykonawca ma wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2023 r. KIO 82/23: „na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania złożonych

dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązкови sprostął udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania”, oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji

tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie”.

Tymczasem przedstawione przez NES uzasadnienie jest niewystarczające i stanowi w istocie powielenie brzmienia art. 11 ust. 2 UZNK. Jednocześnie nie wykazano w nim, że zastrzegane informacje spełniają przesłanki określone w tym przepisie. Uzasadnienie nie zawiera jakichkolwiek konkretnych informacji, które pozwalałyby Zamawiającemu zweryfikować zasadności twierdzeń NES o szczególnym charakterze wiadomości zawartych w załącznikach do wyjaśnień jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W dodatku z treści wyjaśnień nie wynika, czy informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa NES czy też innego podmiotu.

Taka treść uzasadnienia zastrzeżenia nie może być uznane za wystarczającą (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2022 r., KIO 3762/21). W rezultacie Zamawiający nie dostrzegł podstaw do ochrony zastrzeżonych informacji na podstawie

art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, co oznacza możliwość udostępnienia tych informacji innym zainteresowanym stronom po dniu 23.08.2024 r., tj. po upływie terminu na wniesienie odwołania przez NES na negatywną ocenę zasadności zastrzeżenia wyjaśnień jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na czynność Zamawiającego Odwołujący wniósł środek ochrony prawnej.

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie w całości podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Przy tym, zgodnie z regulacją ust. 3 tego przepisu, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913, dalej jako „UZNK”), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz

wyказаł, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp.

Z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika więc, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykazania kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 UZNK w odniesieniu do określonych informacji.

Przywołany art. 11 ust. 2 UZNK definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako 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.

Podkreślenia wymaga, iż art. 18 ustawy Pzp jako zasadę traktuje jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp musi być interpretowany i stosowany w sposób ścisły. Co za tym idzie, w ten sam sposób należy interpretować określone w tym przepisie okoliczności, których wystąpienie zobowiązuje zamawiającego do nieujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK.

W konsekwencji należy uznać, że w przypadku, gdy dokonane przez wykonawcę zastrzeżenie nieudostępniania informacji, o którym mowa w tym przepisie, obejmuje wiele informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać istnienie określonych w tym przepisie okoliczności (a tym samym także w art. 11 ust. 2 UZNK) w odniesieniu do poszczególnych informacji, których dotyczy przedmiotowe zastrzeżenie, tj. musi wykazać, że:

- 1) jest ona informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną

przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą,

- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów informacji nie

jest ona powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy

zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, a w przypadku, gdy zastrzeżenie dotyczy „innej informacji posiadającej wartość gospodarczą” także posiadanie wartości gospodarczej przez tą informację.

Na początku rozważań Izba zauważyła, że badaniu podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba nie ocenia natomiast, czy zastrzeżone informacje

obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięciem Izby objęta jest odpowiedź na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Podkreślenia wymaga, iż to jakość i staranność uzasadnienia zastrzeżenia decyduje, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które co do zasady jest jawne, powstanie zbiór elementów, który może być traktowany jako informacje niejawne. To uzasadnienie zastrzeżenia potwierdzać ma zasadność objęcia określonego zbioru informacji i uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uzasadnienia wynikać ma, czy spełnione zostały przesłanki uznania danego rodzaju kategorii danych za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę treść uzasadnienia zastrzeżenia przedstawioną przez Odwołującego, należało uznać Zamawiający słusznie uznał, iż przedstawione uzasadnienie ma wyjątkowo niedoskonały i lakoniczny charakter. Uzasadnienie zastrzeżenia, jak zdaje się wynikać ze stanowiska Odwołującego – kluczowych dla niego informacji biznesowych, organizacyjnych i technicznych, ogranicza się do jednego akapitu, w którym powtórzono treść definicji pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, z których wynikałoby jaki charakter mają dane zawarte w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu. Co więcej, z uzasadnienia wynika, że przedstawiane informacje stanowią de facto nie tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, ale tajemnicę przedsiębiorstwa podmiotu trzeciego, udostępniającego zasoby. Odwołujący jednakże nie przedstawia dokumentów, choćby w postaci umów o zachowaniu kontaktów biznesowych w poufności, z których wynikałoby że zobowiązany został do traktowania informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący lakonicznie, w jednym zdaniu, wspomina, że przedstawiane informacje nie są powszechnie znane. Na powyższą okoliczność również nie złożono jakichkolwiek dowodów. Odwołujący nie opisał w jaki sposób chroni posiadane zasoby, jakich środków zabezpieczających informacje używa, czy jego pracownicy zobowiązani są do nieujawniania informacji.

Odwołujący w przedstawionym Zamawiającemu uzasadnieniu w ogóle nie odnosi się do wartości gospodarczej, którą posiadać mogą składane informacje. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca wycenić informację i ująć ją w postaci danych o wymiarze finansowym, co nie zawsze należy utożsamiać z koniecznością podania określonej wartości liczbowej. Istotne jest, by Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji wyjaśnił w jakich elementach składanych Zamawiającemu wyjaśnień ją upatruje, do jakich wymiernych elementów należy tę wartość odnosić. Wartość ta winna mieć niewątpliwie wymiar obiektywny. Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została

upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Odwołujący nie wyjaśnił, na czym polega ani w jaki sposób wymierny na jego pozycję na danym rynku przekłada się wartość zastrzeżonej informacji.

Dalej, przypomnieć należy, iż nie jest rolą Zamawiającego dochodzenie, które informacje z szeregu przedstawionych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca uważa za przedstawiające rzeczywistą wartość gospodarczą i jak należy identyfikować tę wartość. To na Odwołującym spoczywał obowiązek, zgodnie z którym miał On w uzasadnieniu zastrzeżenia dokonać wykazania przesłanek umożliwiających z uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, by Zamawiający bez większych problemów mógł te dane zidentyfikować.

Celnie podkreślił w piśmie procesowym i na rozprawie Przystępujący Axians, że Odwołujący dopiero w odwołaniu próbował szerzej odnieść się do wykazania i udowodnienia przesłanek, których spełnienie składa się na możliwość traktowania zbioru informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Moment ten należy uznać za spóźniony. Jak już bowiem zaznaczono w niniejszym uzasadnieniu, momentem skutecznego zastrzeżenia informacji jest moment ich przedstawienia Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a nie postępowanie odwoławcze przed Izbą. Izba pominęła przy wyrokowaniu wywody odwołania próbujące wykazać zasadność zastrzeżenia złożonego Zamawiającemu.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego zostało oparte na ogólnych, subiektywnych stwierdzeniach, bez wskazania żadnych danych pozwalających na obiektywne zweryfikowanie jego przypuszczeń. Uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawiera hasłowe zapewnienia, których Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować. Zdaniem Izby samo uzasadnienie zastrzeżenia winno bowiem taką weryfikację umożliwiać.

Gdy Zamawiający dokonuje czynności polegającej na odtajnieniu informacji tj. decyduje, że określone informacje, zostaną udostępniane, uzasadnienie takiej decyzji sprowadza się do wskazania jaki zakres informacji Zamawiający zamierza odtajnić oraz, z jakich powodów Zamawiający uznał, że w zakresie danej informacji nie zostało wykazane istnienie okoliczności określonych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 UZNK. Już to tylko stanowi realizację obowiązku wynikającego z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp i wyrażonej w nim zasady przejrzystości. Stopień szczegółowości i obszerności takiego uzasadnienia winien być adekwatny do tego jaka jest treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, sporządzonego i złożonego w postępowaniu przez wykonawcę. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że Zamawiający musi odnieść się do każdego argumentu podnoszonego w takim uzasadnieniu. W okolicznościach niniejszej sprawy, biorąc pod uwagę lakoniczność i znikomy stopień szczegółowości uzasadnienia przedstawionego przez

Odwołującego, należało uznać, że Zamawiający aż nadto sprostął obowiązkowi przedstawienia uzasadnienia podejmowanych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zaryzykować można nawet, w ocenie Izby, twierdzenie, że uzasadnienie Zamawiającego jest dużo bardziej szczegółowe niż to przedstawione przez Odwołującego.

Odnosząc się do możliwości zastosowania przez Zamawiającego art. 223 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści przedstawionego przez Wykonawcę uzasadnienia informacji, dostrzeżenia wymaga, iż przywołana regulacja ma zastosowanie, gdy po stronie Zamawiającego ma szansę zaistnieć zagadnienie, które wymaga uzyskania od wykonawcy

dodatkowych wyjaśnień, Zamawiający potrzebuje dodatkowych informacji w kontekście danych przedstawionych przez Wykonawcę. Jak celnie zauważono w odpowiedzi na odwołanie „zastosowanie art. 223 ust. 1 PZP w tym zakresie doznaje istotnych ograniczeń z uwagi na jednoznaczną dyspozycję art. 18 ust. 3 PZP, który nakazuje wykazanie poufnego charakteru udostępnianych informacji wraz z ich przekazaniem, a nie na późniejszym etapie”. Nawet gdyby uznać, że zastosowanie art. 223 ustawy Pzp jest możliwe, to istnieć musi zbiór danych, w ramach którego Zamawiający chce otrzymać dodatkowe wyjaśnienia. Uzasadnienie zastrzeżenia przedstawione przez Odwołującego trudno uznać za taki zbiór informacji, ponieważ ogranicza się ono do kilku zdań, powtarzających cechy dla informacji wynikające z definicji stosowanego pojęcia. Merytorycznie, w odniesieniu do wyjaśnień składanych wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia, ten zbiór zdaniem Izby jest pusty. Zatem wezwanie do wyjaśnienia zastrzeżenia informacji stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i otwierało Odwołującemu na nowo drogę do naprawienia niedoskonałości uzasadnienia.

Końcowo, odnosząc się do przywołanych w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 554 ustawy Pzp podkreślić należy, iż przepis ten skierowany jest do Izby i wyznacza czynności, które może ona podjąć w postępowaniu odwoławczym. Przepis art. 554 ustawy Pzp wskazuje kiedy Izba może uwzględnić odwołanie i jakie w tym zakresie może stwierdzić naruszenia ustawy Pzp, a w ramach tych naruszeń jakie czynności może nakazać zamawiającemu. Wobec takiej hipotezy przepisu, nie może on zostać naruszony przez zamawiających, bowiem nie są oni jego adresatami. Tym samym nie mogło mieć miejsca naruszenie wskazywane przez Odwołującego.

W przypadku art. 577 ustawy Pzp zawiera on zakaz zawarcia umowy w przypadku wniesienia odwołania, do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. W przedmiotowym postępowaniu umowa nie została zawarta. Postępowanie prowadzone przez Zamawiającego obecnie znajduje się na etapie badania i oceny ofert. Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty

najkorzystniejszej, tym bardziej nie jest możliwe zawarcie umowy, czy też wnioskowanie o uchylenie zakazu jej zawarcia przez Odwołującego. Skoro więc czynność zawarcia umowy nie miała miejsca, to Zamawiający nie mógł naruszyć również tej regulacji ustawy Pzp wskazywanej jako podstawa zarzutu przez Odwołującego.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie i oddaliła odwołanie w całości.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca: