

Sygn. akt: KIO 3430/24

WYROK

Warszawa, dnia 30 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: BA 1 AB sp. z o.o., ul. Lipowa 2a, 05-220 Zielonka, NOVUM-PLUS sp. z o.o., ul. Lipowa 2a, 05-220 Zielonka oraz

EKO-ERDE sp. z o.o., ul. Lisa Kuli 25, 05-270 Marki,

w postępowaniu prowadzonym przez: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego.

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 3430/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Gospodarowanie odpadami o kodzie 19 08 05 pochodzącymi z Zakładu „Czajka”, „Południe”, „Dębe” i „Pruszków” z podziałem na zadania”, numer referencyjny: 00916/WS/PW/PZP-DRZ-WRS/U/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.07.2024 r., nr 144/2024 447478-2024.

W dniu 19.09.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: BA 1 AB sp. z o.o., ul. Lipowa 2a, 05-220 Zielonka, NOVUM-PLUS sp. z o.o., ul. Lipowa 2a, 05-220 Zielonka oraz

EKO-ERDE sp. z o.o., ul. Lisa Kuli 25, 05-270 Marki (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą 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”, przez odtajnienie przedmiotowego środka dowodowego, w postaci odtajnieniu wyjaśnień Odwołującego z dnia 09.09.2024 r. dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty oraz załączników do tego wyjaśnienia Odwołującego, w sytuacji gdy ww. dokumenty i informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, gdyż dokumenty powyższe posiadają wartość gospodarczą i zostały skutecznie zastrzeżone przez Odwołującego,
- 2) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i błędne uznanie, iż Odwołujący nie wykazał skutecznie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 3) naruszenie art. 16 ustawy Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego

traktowania wykonawców wobec uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego w odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych w postaci wyjaśnień Odwołującego z dnia 09.09.2024 r. dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty oraz załączników do tego wyjaśnienia Odwołującego.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„Wskazane dane objęte zastrzeżeniem posiadają wartość gospodarczą oraz nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Ponadto nie są one łatwo dostępne dla takich osób, ponieważ Wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Co więcej, szczegółowa

kalkulacja ceny została sporządzona jako tzw. kalkulacja własna, na bazie posiadanego doświadczenia, zawartych kontaktów, wypracowanych szczególnych i właściwych dla wykonawcy metod wykonania zamówienia. Wartość gospodarczą wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy dostrzec przede wszystkim w fakcie, iż zastrzeżone informacje mają na celu uzyskanie przez Wykonawcę określonych korzyści - ujawniają działania służące polepszeniu sytuacji Wykonawcy, których opracowanie wymagało know-how, nakładów pracy, a tym samym również — nakładów finansowych. Ujawnienie tych informacji, spowoduje ich uzyskanie przez inne podmioty, bez konieczności ponoszenia analogicznego wysiłku co Wykonawca, a tym samym osłabi pozycję konkurencyjną Wykonawcy względem nich. W razie ujawnienia tych informacji prawdopodobieństwo wystąpienia szkody jest duże. Istniałby również związek przyczynowy między faktem ujawnienia tych informacji w tym konkretnym postępowaniu a szkodą w postaci utraty dochodów. Wykonawca określa wartość zastrzeżonych przez niego informacji na poziomie ok. 2.000.000,00 zł netto. Zastrzeżone informacje stanowią dla działalności Wykonawcy dane wrażliwe, umożliwiające zachowanie wysokiej konkurencyjności na rynku. (...)

Opisane w wyjaśnieniach z dnia 09.09.2024 r. czynniki pozwalające obniżyć koszt zagospodarowania odpadu, tak jak np. wszystkie okoliczności i warunki długofalowej współpracy z odbiorcami produktów kompostowni (a także przedłożone w załączeniu do w/w wyjaśnienie dowody potwierdzające te współprace), stanowią unikalny dla Odwołującego proces, który umożliwia kosztu zagospodarowania odpadów. Inni wykonawcy — z opisanych w z dnia 09.09.2024 r. (st. 4) powodów — takich procesów nie stosują i nie mają o nich wiedzy. Ujawnienie tych mechanizmów oraz załączonych do wyjaśnień dowodów obrazujących te mechanizmy będzie skutkowało dla Odwołującego szkodą w ogromnych rozmiarach i stworzy nieuprawnioną przewagę konkurentom pozwalającą im przewidzieć strategię i zachowania Odwołującego w prowadzonej działalności, w tym w innych przetargach. Podkreślenia wymaga fakt, iż ta konkretna kalkulacja ceny przygotowana przez Odwołującego opiera się i wynika właśnie z tych — indywidualnych okoliczności i mechanizmów jakie stosuje wyłącznie Odwołujący. Wszystkie powyższe okoliczności zostały dokładnie opisane i wykazane w treści pisma z dnia 09.09.2024 r.

W niniejszej sprawie najistotniejszym jest, iż przedmiot zamówienia dotyczy działalności na rynku częściowo regulowanym przez reglamentację administracyjną czynności i podmiotów w zakresie zagospodarowania odpadami. Informacje szczegółowe na temat wysokości kosztów, relacji z kontrahentami, umów, zadań lub klientów samodzielnie, stanowią informacje wrażliwe, strategię konkurencyjną oraz strategię cenową. Ich ujawnienie pozwalałoby stronom trzecim rozpoznać szczegółową charakterystykę kosztową Odwołującego oraz stosowaną przez Odwołującego strategię cenową, co w efekcie tworzy podstawę do wykorzystania przedmiotowych informacji przeciwko podmiotom wchodzącym

w skład Konsorcjum w działaniach oraz w innych postępowaniach przetargowych, niekorzystnie nie tylko na pozycję podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum w postępowaniach przetargowych, ale także na poziom cen na rynku. (...)

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odtajnienia wyjaśnień Odwołującego z dnia 09.09.2024 r. oraz załączników do tego wyjaśnienia Odwołującego,
- 2) uznania zastrzeżenia wyjaśnień Odwołującego z dnia 09.09.2024 r. oraz załączników do tego wyjaśnienia Odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa w całości za skuteczne.

Pismem z dnia 27.09.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny sprawy.

Przedmiotem zamówienia jest gospodarowanie odpadami o kodzie 19 08 05 pochodzącymi z Zakładu „Czajka”, „Południe”, „Dębe” i „Pruszków” z podziałem na 11 zadań.

Oferty złożyło 11 wykonawców, w tym Odwołujący — na zadanie nr 10 i nr 11.

Pismem z dnia 03.09.2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie

art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie cen jego ofert w zadaniu nr 10 i nr 11.

W dniu 09.09.2024 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia Odwołujący wskazał m.in., że: „szczegółowa kalkulacja ceny została sporządzona jako tzw. kalkulacja własna, na bazie posiadanego doświadczenia, zawartych kontaktów, wypracowanych szczególnych i właściwych dla wykonawcy metod wykonania zamówienia”;

- „Wartość gospodarczą wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy dostrzec przede wszystkim w fakcie, iż zastrzeżone informacje mają na celu uzyskanie przez Wykonawcę określonych korzyści - ujawniają działania służące polepszeniu sytuacji Wykonawcy, których opracowanie wymagało know-how, nakładów pracy, a tym samym również - nakładów finansowych. Ujawnienie tych informacji, spowoduje ich uzyskanie przez inne podmioty, bez konieczności ponoszenia analogicznego wysiłku co Wykonawca, a tym samym osłabi pozycję konkurencyjną Wykonawcy względem nich. W razie ujawnienia tych informacji prawdopodobieństwo wystąpienia szkody jest duże. Istniałoby

również związek przyczynowy między faktem ujawnienia tych informacji w tym konkretnym postępowaniu a szkodą w postaci utraty dochodów. Wykonawca określa wartość zastrzeżonych przez niego informacji na poziomie ok 2.000.000,00 zł netto”;

- „Dobór środków stanowiących podstawę wyceny znany jest tylko i wyłącznie Wykonawcy oraz Zamawiającemu, któremu wyjaśnienia zostały przekazane”.

W dniu 12.09.2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odtajnieniu:

- informacji oznaczonych w piśmie z dnia 09.09.2024 r. (wyjaśnienia),
- załącznika nr 1 do wyjaśnień (kalkulacja szczegółowa), ■ dowodów załączonych do pisma z dnia 09.09.2024 r.

Pismem z dnia 16.09.2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty.

W dniu 19.09.2024 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na pytania Zamawiającego, nie zastrzegając ich jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 24.09.2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zadaniach nr 10 i nr 11.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy 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 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł,

że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, jak już wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca

wyrażnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale w istocie stanowi obowiązek „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Zamawiający ocenia zatem zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem rolą zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To wykonawca ma tę zasadność wykazać i jeśli temu ciężarowi nie podoła, obowiązkiem zamawiającego jest ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje.

Należy także podnieść, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi być złożone przez wykonawcę jednocześnie z przekazaniem zastrzeżonych informacji, nie zaś dopiero w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą. Zatem argumenty, czy dowody przedstawiane dopiero w odwołaniu lub na rozprawie nie mogą wpłynąć na ocenę uzasadnienia złożonego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

W świetle powyższego całkowicie niezasadna jest podniesiona przez Odwołującego na rozprawie argumentacja, zgodnie z którą samo oświadczenie wykonawcy o zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinno być dla zamawiającego wystarczające do tego, by ich nie ujawniać. Stanowisko Odwołującego jest przede wszystkim sprzeczne z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w myśl którego zakaz ujawniania informacji aktualizuje się wyłącznie pod warunkiem wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto stanowisko to jest sprzeczne z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego, w tym m.in.: - z wydanym w oparciu o przepisy ustawy Pzp z 2004 r., ale zachowującym aktualność w świetle obecnie obowiązujących przepisów wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 01.10.2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21, w którym stwierdzono: „Sąd dokonując oceny zasadności powyższych zarzutów w kontekście rozstrzygnięcia KIO przyjął jako punkt wyjścia prymat zasady jawności postępowania wynikający z art. 8 ust. 1 sPzp, który stanowi, iż postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Dlatego zdaniem Sądu wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Sąd kierując się tym właśnie założeniem uznał, że powinno ono mieć wpływ również na wykładnię pojęcia „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 sPzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu KPC. W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko skarżącego (w istocie zaakceptowane przez zamawiającego poprzez nie odwołanie zaskarżonej części informacji), jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 sPzp. Sąd podziela stanowisko KIO, że z art. 8 ust. 3 sPzp wynika nałożenie na wykonawcę obowiązku wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sąd zgadza się z poglądem KIO, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa”.

- z wydanym również w oparciu o przepisy ustawy Pzp z 2004 r., ale zachowującym aktualność w świetle obecnie obowiązujących przepisów wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.02.2018 r. o sygn. akt KIO 200/18, w którym stwierdzono: „Oznacza to, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Izba, nie może z urzędu doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu, spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Tym samym informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Przystępującego „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie”.

Z przytoczonych orzeczeń wynika zatem, że deklaracje czy oświadczenia wykonawcy o zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie są wystarczające do tego, by informacji tych nie ujawniać. Wręcz przeciwnie, ograniczenie się wykonawcy do złożenia w uzasadnieniu zastrzeżenia takich oświadczeń, bez rzeczywistego „wykazania” wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, obliuguje zamawiającego do ujawnienia tych informacji. Przy czym raz jeszcze należy podkreślić, że ocena zamawiającego w tym zakresie musi się opierać

wyłącznie na uzasadnieniu przedstawionym przez wykonawcę, a nie na własnym przekonaniu zamawiającego, czy dane informacje powinny podlegać ochronie, czy nie. To wykonawca ma bowiem wykazać zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie zamawiający czy jakikolwiek inny podmiot (np. Izba) ma w zastępstwie za wykonawcę poszukiwać powodów zasadności zastrzeżenia tajemnicy. W dodatku każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien być świadomy tego, że zasadą jest, iż postępowanie to jest jawne (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp).

Odnosząc się natomiast do orzecznictwa przywoływanego przez Odwołującego należy wskazać, że powoływanie się obecnie na orzeczenia dotyczące postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed 19.10.2014 r. nie jest zasadne, ponieważ przed ww. datą obowiązywały przepisy ustawy Pzp, które nie przewidywały wymogu „wykazania” przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wymóg „wykazania” został wprowadzony dopiero ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232). Zmiany wprowadzone ww. nowelizacją zaczęły obowiązywać, jak wskazano wyżej, od 19.01.2014 r. Tym samym orzecznictwo dotyczące postępowań wszczętych wcześniej nie jest adekwatne do obecnie obowiązującego stanu prawnego.

Co do pozostałych orzeczeń przywoływanych przez Odwołującego należy zauważyć, że zostały one niejednokrotnie zacytowane wybiórczo. Przykładowo w wyroku z dnia 09.05.2022 r. o sygn. akt KIO 1006/22 Odwołujący pominął fragmenty, w których Izba również stanęła na stanowisku, że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania przesłanek zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a niewystarczające są w tym zakresie wyłącznie jego oświadczenia: „Co równie istotne, ciężar wykazania zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Jego zadaniem jest wykazanie równocześnie z zastrzeżeniem informacji, że realizują się w stosunku do nich przesłanki, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nawet w sytuacji, gdy określone informacje ze swej istoty czy charakteru mogą faktycznie posiadać pewną wartość gospodarczą, to nie uprawnia to ani Izby, ani zamawiającego do utajnienia tych informacji, w sytuacji gdy wykonawca nie wywiązał się z obowiązku wykazania poufnego charakteru danych informacji. To wykonawca jest dysponentem tych informacji i to na nim spoczywa ciężar wykazania konieczności udzielenia im ochrony. Z tego względu, gdy Zamawiający uznaje, że zastrzeżenie informacji jest nieskuteczne, nie powinien arbitralnie pewnych informacji pozostawiać nieujawnionymi. Do Zamawiającego nie należy ocena czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie czy wykonawca który tak twierdzi, wywiązał się z obowiązków przewidzianych w przepisach i powyższe wykazał”. Ostatecznie Izba uwzględniła odwołanie w sprawie KIO 1006/22 i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odtajnienia określonych dokumentów, ale rozstrzygnięcie takie zapadło po analizie przez Izbę konkretnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tej sprawie (KIO 1006/22), a nie na skutek uznania przez Izbę, że generalnie zasadność zastrzeżenia wynika już z samego uznania i oświadczenia przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba zaznaczyła zresztą w ww. wyroku, że „możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana, traktowana rozszerzająco, bądź oceniana na zasadzie analogii do innych sytuacji w innych

postępowaniach o udzielenie zamówienia, kiedy to zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa okazało się skuteczne lub nieskuteczne. Nie jest zdaniem Izby zasadnym twierdzenie, jakoby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w innych postępowaniach z analogicznym przedmiotem usług, gdzie Zamawiający uznawał je za prawidłowe bądź nie, automatycznie przesądzało również o takim samym rozstrzygnięciu Zamawiającego w aktualnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Każdorazowo bowiem ocena skuteczności zastrzeżenia powinna uwzględniać indywidualne okoliczności stanu faktycznego”.

Odwołujący powołał się też na fragment: „Wykazanie przesłanki wartości gospodarczej nie musi oznaczać podania konkretnej wartości. Może ono polegać na rzeczowym uzasadnieniu, złożeniu wyjaśnień, w zależności od charakteru informacji bazowych” w wyroku z dnia 14.11.2023 r. o sygn. akt KIO 3248/23. Pomijając to, że Izba w obecnym składzie nie znalazła powyższego fragmentu w ww. wyroku, przede wszystkim należy zauważyć, że w sprawie tej (KIO 3248/23) Izba uznała zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za bezskuteczne, a ponadto wskazany wyżej fragment nie może być rozumiany w ten sposób, że wystarczające jest podanie jakiejkolwiek kwoty stanowiącej rzekomą wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji, jeżeli jednocześnie z niczego nie wynika, z czego ta kwota się wzięła.

Wreszcie Odwołujący przywołał rozważania Izby o działalności na rynku częściowo regulowanym i informacjach wrażliwych w zakresie wysokości kosztów, relacjach z kontrahentami, umów, zadań lub klientów z wyroku z dnia 21.03.2023 r. o sygn. akt KIO 413/23 oraz przytoczył jego fragment: „Biorąc pod uwagę powyższe ujawnienie wyjaśnień ceny i dowodów na ich poparcie złożonych przez przystępującego mogłoby służyć konkurentom nie tyle analizowaniu kalkulacji cenowej w tym postępowaniu, co innych postępowaniach z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji”. Po pierwsze, należy zauważyć, że Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 09.09.2024 r. nie podnosił argumentacji dotyczącej zasad rządzących rynkiem częściowo regulowanym, zatem ten fragment wyroku KIO 413/23 w ogóle nie odnosi się do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Zwłaszcza że, jak już wyżej wskazano, ocenie zarówno zamawiającego, jak i Izby, podlega uzasadnienie przedłożone przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie argumentacja podniesiona dopiero w toku postępowania odwoławczego. Odwołujący może więc udowadniać w odwołaniu, że w uzasadnieniu przedłożonym zamawiającemu wykazał wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk, ale nie może dopiero w odwołaniu „dokładać” nowych argumentów / informacji / dowodów, które nie były znane zamawiającemu w chwili dokonywania przez niego zaskarżonej w odwołaniu czynności. Takie działanie, jak już kilkakrotnie Izba wskazywała, jest działaniem spóźnionym i nie podlega ocenie Izby. Po drugie, kolejny raz

należy przypomnieć, że zadaniem zamawiającego (a następnie ew. Izby) jest ocena konkretnego uzasadnienia złożonego przez konkretnego wykonawcę pod kątem tego, czy wykazał on spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. W

sprawie KIO 413/23 Izba oceniła to konkretne uzasadnienie jako wykazujące spełnienie ww. przesłanek, niemniej jednak nie jest znana jego pełna treść, zatem nie można na tej podstawie twierdzić, że każde inne uzasadnienie innego wykonawcy również musi zostać ocenione tak samo.

Przechodząc zatem do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 09.09.2024 r. złożonego przez Odwołującego, Izba w pierwszej kolejności nadmienia, że wskazując braki tego uzasadnienia ograniczyła się nie tylko do kwestii podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu (art. 555 ustawy Pzp), ale także do kwestii podniesionych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 12.09.2024 r. Tym samym Izba pominęła braki, których Zamawiający nie dostrzegł, a w każdym razie szczegółowo nie wskazał w piśmie informującym o odtajnieniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami.

Tak więc Izba zgadza się z Zamawiającym, że Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje mają charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, a - jak wskazano już wyżej - nie jest rolą zamawiającego ustalanie tego samodzielnie, a ponadto przedstawianie przez Odwołującego wyjaśnień w tym zakresie dopiero w postępowaniu odwoławczym jest już działaniem spóźnionym. Przede wszystkim jednak Odwołujący nie wykazał, że informacje te posiadają wartość gospodarczą. Odwołujący wskazał wprawdzie kwotę 2.000.000 zł jako wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji, ale z uzasadnienia zastrzeżenia nie sposób wywieść, jak ta kwota została wyliczona, skąd ona wynika. Oznacza to, że wartość gospodarczą została wskazana, ale nie została wykazana. Nie można bowiem uznać, że wskazanie jakiegokolwiek kwoty bez wyjaśnienia sposobu jej wyliczenia stanowi „wykazanie” wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Przyjęcie takiej tezy oznaczałoby, że każdy wykonawca mógłby wskazywać dowolną kwotę w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co prowadziłoby do wypaczenia wymogu „wykazania” wartości gospodarczej. Warto w tym miejscu po raz kolejny przywołać wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 01.10.2021r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21, w którym stwierdzono: „Kierując się tymi założeniami KIO, słusznie zdaniem Sądu, uznała, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada”.

Izba podzieliła też stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym „wskazanie poszczególnych okoliczności w rodzaju zobowiązań i oświadczeń pracowników Wykonawcy o zachowaniu poufności informacji chronionych, nie może zostać uznane za takie szczególne środki. Są to bowiem ogólne zasady stosowane na co dzień u większości wykonawców funkcjonujących na rynku”. Wprawdzie nie jest jasne, jakie „zobowiązania i oświadczenia” w liczbie mnogiej Zamawiający miał na myśli, bo w załącznikach do pisma z dnia 09.09.2024 r. Izba odnalazła tylko jeden aneks do umowy o pracę zawarty z jednym z członków konsorcjum Odwołującego, w którym mowa jest o „nierozpowszechnianiu i nieużywaniu jakichkolwiek informacji dotyczących pracodawcy lub podmiotów współpracujących z pracodawcą, a także dokumentów”, ale tym bardziej potwierdza to, że zachowywanie zastrzeżonych informacji w poufności nie zostało w wystarczającym stopniu wykazane. Dodatkowo nie znalazła potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy argumentacja Odwołującego o konieczności zachowania w poufności umów zawartych przez Odwołującego z jego kontrahentami. Argument ten jest w istocie bezprzedmiotowy, gdyż żadne umowy z żadnymi kontrahentami nie zostały dołączone do wyjaśnień z dnia 09.09.2024 r.

Odnosząc się z kolei do zawartego w odwołaniu fragmentu: „Informacje szczegółowe na temat wysokości kosztów, relacji z kontrahentami, umów, zadań lub klientów samodzielnie, stanowią informacje wrażliwe, strategię konkurencyjną oraz strategię cenową. Ich ujawnienie pozwalałoby stronom trzecim rozpoznać szczegółową charakterystykę kosztową Odwołującego oraz stosowaną przez Odwołującego strategię cenową, co w efekcie tworzy podstawę do wykorzystania przedmiotowych informacji przeciwko podmiotom wchodzącym w skład Konsorcjum w działaniach oraz w innych postępowaniach przetargowych, niekorzystnie nie tylko na pozycję podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum w postępowaniach przetargowych, ale także na poziom cen na rynku” [pisownia oryginalna], należy zauważyć, że zawarte w nim kwestie zostały wskazane, podobnie jak w samym uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy, w bardzo ogólny sposób. Nie sposób bowiem wywieść z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy choćby tego, który rodzaj danych zawartych w kalkulacji, z powodu jakiego ich przedstawienia czy powiązania z innymi danymi mógłby pozwolić innym wykonawcom na rynku na ustalenie stosowanej przez Odwołującego strategii cenowej. Argumentacja taka jest tym bardziej niezasadna, że sam Odwołujący pisze, że: „Informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały w dużej części zebrane i opisane na potrzeby niniejszego wezwania”. Skoro informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zostały w dużej części opracowane wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, to trudno stwierdzić, w jaki sposób inni wykonawcy mieliby „rozpoznać szczegółową charakterystykę kosztową Odwołującego”

stosowaną przez niego w innych postępowaniach. Warto zatem ponownie przywołać wyrok Izby z dnia 16.02.2018 r. o sygn. akt KIO 200/18, w którym Izba stwierdziła także: „Przystępujący uzasadniając zastrzeżenie dokumentów jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wskazywał również, że wszystkie wymienione dokumenty stanowią opracowanie wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania. Istotne jest, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, ma zatem wymiar obiektywny, sięgający poza dane postępowanie”.

Reasumując, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 09.09.2024 r. i załączników do nich, a w związku z tym nie stwierdziła również, aby Zamawiający dokonując ich odtajnienia naruszył art. 18 ust. 3 i art. 16 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca

KIO 3430/24