

**WYROK**

Warszawa, 9 stycznia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 grudnia 2024 r. przez odwołującego Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Krynki z siedzibą w Krynkach przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic I Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2 odstąpienie i ujawnienie złożonych 10 października 2024 r. przez Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic I Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku załączników nr 3 - 9 do wyjaśnień ceny oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący .....

**Uzasadnienie**

Gmina Krynki z siedzibą w Krynkach (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Remont dróg powiatowych w Gminie Krynki zniszczonych wskutek kryzysu na granicy. Część 1. Remont dróg powiatowych w Gminie Krynki zniszczonych wskutek kryzysu na granicy tj. remont DP1282B Krynki – Kruszyniany i DP1272B – ul. Bema w Krynkach. Część 2. Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad inwestycją” (Numer postępowania: RG.271.2.2024), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 15 lipca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 422321-2024, numer wydania Dz.U. S: 136/2024.

9 grudnia 2024 r. wykonawca Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie w zakresie Części 1 postępowania i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 18 ust. 1 - 3 Pzp, art. 74 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1) i 2) Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: Uznk)

w zw. z art. 16 Pzp, polegające na błędnej ocenie skuteczności zastrzeżenia przez Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic I Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (dalej: Przystępujący lub PEUiM) jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa załączników nr 3-9 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 10 października 2024 r. i informacji zawartych

w tych załącznikach i w następstwie tego

a) zaniechanie ujawnienia dokumentów stanowiących załączniki nr 3-9

do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 10 października 2024 r., w sytuacji

gdy Przystępujący bezskutecznie zastrzegł te informacje i dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa;

b) naruszenie zasady jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji przez ograniczenie innym wykonawcom, w tym Odwołującemu, możliwości weryfikacji, czy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były rzeczowe i prawidłowe,

a Przystępujący wywiązał się z ciężaru dowodzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2.art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp polegające na wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Przystępującego, w sytuacji, gdy czynność ta nastąpiła z naruszeniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji do tego stopnia, że pozostali wykonawcy (w tym Odwołujący) pozbawieni zostali możliwości zbadania motywów i prawidłowości rozstrzygnięcia Zamawiającego.

3.art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia i dowody przedstawione przez Wykonawcę w piśmie z 10 października 2024 r. nie uzasadniają

i nie udowadniają ceny tej oferty, a tym samym Wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowiedzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (a Zamawiający dokonał błędnej i dowolnej oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę);

3a) zaniechania wezwania Wykonawcy do dalszych wyjaśnień w zakresie elementów rozliczeniowych w Tabeli Elementów Scalonych, tj. w odniesieniu do:

–Roboty ziemne tj. poz. 17-21 przedmiaru, które w ofercie Wykonawcy opiewają na kwotę 473 951,54 zł, w sytuacji gdy w kosztorysie inwestorskim opiewały na 1 573 125,68zł ,

–Nawierzchnia bitumiczna wraz z oczyszczeniem i skropieniem - poz. 39; 4649 przedmiaru, które w ofercie Wykonawcy opiewają na kwotę

8 400 081,00 zł, w sytuacji gdy w kosztorysie inwestorskim opiewały na kwotę – 14 0139 154,78 zł.

–poz. Roboty wykończeniowe, które u Wykonawcy opiewają na kwotę

510 813,47 zł, a w kosztorysie inwestorskim opiewały na kwotę 1 604 847,20 zł.

4.art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Uznk polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy oferta ta została złożona

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Uznk, a w konsekwencji zarzutów nr 3) - 4);

5.art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Przystępującego w sytuacji, gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego, a dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego braku odrzucenia oferty Przystępującego;

6.art. 16 pkt 1) i 2) Pzp przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Przystępującego, która podlega odrzuceniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co też Postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej,

2.ujawnienia złożonych przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny 10 października 2024 r. załączników do ww. pisma stanowiących załączniki nr 3-9 oraz – w sytuacji w której odrzucenie oferty Przystępującego byłoby przedwczesne - unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej

3.odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny lub w razie uznania, że byłoby to przedwczesne, to nakazanie wezwania Wykonawcy do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie elementów rozliczeniowych w Tabeli Elementów Scalonych,

tj. w odniesieniu do:

–Roboty ziemne tj. poz. 17-21 przedmiaru, które w ofercie Wykonawcy opiewają na kwotę 473 951,54 zł, w sytuacji gdy w kosztorysie inwestorskim opiewały na 1 573 125,68zł ,

–Nawierzchnia bitumiczna wraz z oczyszczeniem i skropieniem - poz. 39, 46, 49 przedmiaru, które w ofercie Wykonawcy opiewają na kwotę 8 400 081,00 zł,

w sytuacji gdy w kosztorysie inwestorskim opiewały na kwotę – 14 0139 154,78 zł.

–poz. Roboty wykończeniowe, które u Wykonawcy opiewają na kwotę 510 813,47 zł, a w kosztorysie inwestorskim opiewały na kwotę 1604 847.20 zł.

4.powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział

w Postępowaniu.

W toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania Odwołujący oświadczył, że zarzut 1 i 2 mają charakter zarzutów podstawowych, pozostałe zarzuty są ewentualnymi i mają być rozpoznane w przypadku nieuwzględnienia zarzutów podstawowych.

W uzasadnieniu zarzutów podstawowych odwołania Odwołujący wskazał:

Najniższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia w ramach części 1 zaoferował Przystępujący. Zamawiający pismem z 4 października 2024 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa zostały złożone przez Przystępującego 10 października 2024 r. i zostały przez Zamawiającego przyjęte

bez zastrzeżeń, czego dalszą konsekwencją był wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Pismo Przystępującego z 10 października 2024 r. składa się z 15 stron, które nie zostały ponumerowane. Udostępniona Odwołującemu treść ww. pisma składa

się z dwóch zasadniczych części, tj. na pierwszych 10 stronach Wykonawca przedstawił wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny oferty, a na s. 10-14 zawarto uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei na s. 15 wymieniono załączniki do pisma.

W treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca w pierwszym zdaniu wskazał, że „zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa załączone do niniejszych wyjaśnień oferty podwykonawców”, podobnie na kolejnej stronie Wykonawca wskazał,

że zastrzegł jako tajemnicę uzyskane oferty podwykonawców. W dalszej kolejności, Wykonawca przytoczył art. 11 ust. 2 Uznk oraz przedstawił – w jego ocenie - szczegółowe uzasadnienie spełnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk.

Jak wskazał sam Przystępujący wyraźnie w treści pisma - cała treść uzasadnienia odnosi się jedynie do ofert podwykonawców. Podkreślenia wymaga, że w żadnym jego miejscu Wykonawca nie odniósł się w ogóle do pozostałych dokumentów zastrzeżonych przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa, ani informacji w nich zawartych. Już tylko z tego powodu, należy uznać, że w odniesieniu do załączników 6 – 9 Wykonawca nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Mimo braku złożenia jakiegokolwiek uzasadnienia dot. zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa załączników nr 6 – 9 do pisma, Zamawiający bezrefleksyjnie uznał, że nie podlegają one odtajnieniu. Powyższe świadczy o rażącym naruszeniu przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W ocenie Odwołującego, Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk – zarówno wobec ofert podwykonawców wymienionych w zał. Nr 3-5, jak i pozostałych załączników, tj. dowodu

dot. struktury zatrudnienia, wykazu sprzętu własnego, kosztorysu, jak i wykazu pracowników zatrudnionych na umowę o pracę w PEUiM. Uzasadnienie stanowiska Wykonawcy odnośnie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników nr 3-9 do pisma jest w ocenie Odwołującego niedopuszczalne i nieskuteczne. Zaaprobowanie takiego działania Wykonawcy przez Zamawiającego i brak udostępnienia przez Zamawiającego ww. załączników jest rażącym naruszeniem przepisów Pzp.

Odwołujący zwraca uwagę, że w świetle przepisów art. 18 ust. 1 – 3 Pzp oraz art. 11 ust. 2 Uznk zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności,

a dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Zastrzeżenie dokumentów w całości przeczy wielokrotnie wskazywanej w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych zasadzie minimalizacji tj. zastrzegania jak najmniejszej możliwej objętości tekstu dokumentów i tylko tego tekstu, którego zastrzeżenie rzeczywiście jest uzasadnione.

Oświadczenie Przystępującego, że zastrzeżone przez niego informacje mają dla Wykonawcy wartość gospodarczą nie jest wystarczające. Co więcej, jeśli wziąć pod uwagę całość uzasadnienia Przystępujący nie sposób nie odnieść wrażenia, że próba zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tej sprawie wynika raczej z subiektywnego przekonania, że całe wyjaśnienia i dokumenty stanowią wartość gospodarczą wymagającą ochrony. W odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji Wykonawca wskazał, że:

„Obowiązek zachowania poufności określonych informacji w przypadku zawierania umów

z podwykonawcami lub poddostawcami wynika w głównej mierze z warunków finansowych, jakie widnieją w tych ofertach, a które są właściwe jedynie dla relacji na linii PEUiM – podwykonawca/ poddostawca. Podkreślić należy, że treść tych ofert jest konsekwencją wieloletniej współpracy, wzajemnego zaufania i zbudowanych relacji”.

W dalszej kolejności Wykonawca przytoczył krótkie fragmenty dwóch wyroków KIO i wywiódł, że „oferty podwykonawców i poddostawców w najdalej idący sposób wpływają na możliwość wywiązania się z wykonania zamówienia zgodnie z zobowiązaniem ofertowym. Wpływają bowiem na kluczowe aspekty tegoż zobowiązania, takie jak możliwość jego

realizacji

za określoną cenę, w określonym terminie i w danych warunkach". Na ostatniej stronie zastrzeżenia Wykonawca wskazał ponadto, że:

„W odczuciu Wykonawcy, jest rzeczą oczywistą, że informacje handlowe, gospodarcze i technologiczne decydujące o uzyskaniu najkorzystniejszej ceny muszą mieć charakter poufny i tajemniczy przedsiębiorstwa. Powyższe wskazane informacje pozyskane przez inne firmy zmniejszyłyby naszą konkurencyjność w innych przetargach. Otoczenie konkurencyjne wyeliminowałoby taki podmiot z rynku, gdyby jego unikalna wiedza o konkretnym biznesie stała się publiczna i dostępna dla każdego. Skutki takiego działania naraziłyby na szkodę interes przedsiębiorstwa i w konsekwencji także wszystkich pracowników i również ich rodziny, w przypadku upadłości i likwidacji firmy”, a także że „Upublicznienie ich może narazić Wykonawcę na bliżej nieokreślone straty”.

To jedyne fragmenty treści zastrzeżenia, które stanowią próbę wykazania, że zastrzeżone przez Wykonawcę informacje mają wartość gospodarczą. Jak wynika z powyższego, Wykonawca podjął próbę uzasadnienia spełnienia pierwszej przesłanki z art. 11 ust. 2 Uznk, tj. że zastrzeżone informacje mają „charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny wskazujący na wartość gospodarczą”. Przywołane powyżej uzasadnienie nie potwierdza, że ww. przesłanka została spełniona w odniesieniu do ofert podwykonawców, ani dowodów z załącznika nr 6-9.

Przystępujący w żadnym miejscu pisma nie wyjaśnił w jaki sposób ww. przesłanka została spełniona w odniesieniu do dowodów stanowiących załączniki nr 6-9 do pisma, wobec czego już tylko z tej przyczyny ww. załączniki winny być odtajnione przez Zamawiającego. Wykonawca poprzestał jedynie na przedstawieniu głośłownych twierdzeń, że przedstawione przez niego informacje mają wartość gospodarczą. Nawet gdyby uznać, że te ogólnikowe oświadczenia stanowią uzasadnienie dot. spełnienia zaistnienia pierwszej przesłanki

z art. 11 ust. 2 Uznk w odniesieniu do dowodu dot. struktury zatrudnienia, wykazu sprzętu własnego, kosztorysu, jak i wykazu pracowników zatrudnionych na umowę o pracę w PEUiM, to i tak nie sposób uznać, że przez złożenie tak głośłownych twierdzeń Wykonawca wykazał, że została ona spełniona.

Przytaczając wyroki KIO w odniesieniu do ofert podwykonawców, Przystępujący wydaje się podkreślać znaczenie warunków finansowych w ofertach podwykonawców, jednak nie nawiązuje do konkretnych okoliczności niniejszej sprawy. Co istotne, nazwy konkretnych podwykonawców zostały wskazane w Dowodzie nr 2, tj. „Zestawieniu Zbiorczym – Tabeli elementów Scalonych”, a także wskazano tam łączne ceny ofert podwykonawczych. Wykonawca zdaje się całkowicie ignorować fakt, że uczynione przez niego zastrzeżenie nie dotyczy poszczególnych informacji finansowych, lecz całych dokumentów, co wspomniane zastrzeżenie czyni nieuzasadnionym, nieskutecznym i nieproporcjonalnym. Po drugie, fakt,

że oferty podwykonawców są wynikiem długotrwałej relacji na linii podwykonawcy – PEUiM

i mają rzekomo indywidualny charakter samo w sobie nie jest wystarczające. Izba w wyroku

z 19.02.2024 r., sygn. KIO 223/24 podkreśliła, że „samo powoływanie się na wieloletnie kontakty handlowe z kontrahentami jest niewystarczające, albowiem w działalności gospodarczej pozostawanie w stałych stosunkach gospodarczych z dostawcami

czy usługodawcami jest czymś typowym, zaś wykonawca ani nie wyjaśnił, ani nie udowodnił, w jaki sposób te wieloletnie kontakty handlowe przełożyły się na uzyskanie korzystnych cen zakupu u swoich kontrahentów”. Przystępujący natomiast w Piśmie z 10 października 2024 r. nie zawarł żadnej pogłębionej argumentacji obrazującej faktyczny wpływ relacji handlowych na korzystne upusty i warunki cenowe.

Przystępujący, starając się przeforsować zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa

w oczekiwaniu przez siebie kształcie (czemu bezrefleksyjnie uległ Zamawiający) niejako wyolbrzymia konsekwencje związane z ujawnieniem treści ofert swoich podwykonawców. Samo ujawnienie uzyskanej ceny nie oznacza jeszcze per se utraty przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi graczami rynku. Poza tym w Dowodzie nr 2, tj. „Zestawieniu Zbiorczym – Tabeli elementów Scalonych” Wykonawca wskazał wartość oferty Podwykonawcy

w odniesieniu do poszczególnych zagregowanych pozycji, a więc informacja o kwotach została upubliczniona przez Przystępującego. Skoro Wykonawca wskazał zarówno wartość prac wykonywanych przez podwykonawcę, jak i jego konkretną nazwę, to w odniesieniu do tych informacji stały się one powszechnie znane, a więc odpadła druga przesłanka o której mowa w art. 11 ust. 2 Uznk.

Przystępujący nie wskazał też, że podwykonawcy zastrzegli treść złożonych ofert jako tajemnicę przedsiębiorstwa, ani, że upoważnili Wykonawcę do przekazywania treści złożonych przez nich ofert wyłącznie Izbie lub Zamawiającemu.

Odnosząc się do udowodnienia zasadności zastrzeżenia ofert podwykonawczych niezależnie od faktu, że Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z treścią ofert podwykonawczych, z uwagi na utajnienie ich przez zamawiającego w całości, Odwołujący poddaje w wątpliwość czy utajnione oferty podwykonawcze realnie zawierają zastrzeżenia poufności podmiotów

je składających. Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa złożony kosztorys, nie wskazując żadnego uzasadnienia dot. tego dokumentu, tj. np. że zawierają własne/autorskie metody kalkulacji, czy też że można by na ich podstawie odkodować sposób wykonawstwa poszczególnych robót, czy przewidziane dla nich wydajności lub określoną technologię. W dalszej części uzasadnienia Wykonawca przedstawił argumentację odnośnie kolejnej z przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. że informacje nie są powszechnie znane i nie są łatwo dostępne.

Całe uzasadnienie Wykonawcy sprowadziło się do:

- przywołania wyrażonego przez Sąd Najwyższego w jednym z wyroków poglądu nt. rozumienia „informacji nie ujawnionej do wiadomości publicznej”, jednak Wykonawca nie wskazał nawet sygnatury tego wyroku,
- złożenia oświadczenia, że „informacje zawarte w załączonych dokumentach nie są ujawnione przez nas nie tylko poza sferę naszego przedsiębiorstwa, ale nie są ujawnione wobec większości naszych pracowników, a wyłącznie osobom niezbędnym do przygotowania kompleksowej oferty”,
- wskazania, że „wszyscy pracownicy spółki zobowiązani są do zachowania w poufności wszelkich informacji pozyskanych w związku z zatrudnieniem, nie dotyczących ich osobistych spraw wynikających ze stosunku pracy. Dostęp do tych informacji posiada wąska grupa pracowników Wykonawcy, czego w żadnym wypadku nie można utożsamiać z ich upublicznieniem”.

Jednak Przystępujący nie złożył żadnego dowodu na potwierdzenie ww. gołosłownych twierdzeń, np. listy osób, które brały udział w przygotowaniu oferty, czy wzoru standardowej umowy o pracę z której wynika zobowiązanie do zachowania w poufności wszelkich informacji pozyskanych w związku z zatrudnieniem, ani kopii takiej zanonimizowanej umowy o pracę chociaż jednej z osób sporządzających ofertę. Przedstawiona przez Wykonawcę argumentacja jest bardzo ogólna, do której odwołać może się w zasadzie każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący poprzestaje na sformułowaniu gołosłownych oświadczeń, że w jego odczuciu „jest rzeczą oczywistą, że informacje handlowe, gospodarcze i technologiczne decydujące o uzyskaniu najkorzystniejszej ceny muszą mieć charakter poufny i tajemnicy przedsiębiorstwa” oraz m. in., że: „Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie wydostają się poza spółkę, z wyjątkiem tych, które musimy ujawniać Zamawiającym w związku z udziałem w przetargach publicznych. Dlatego też, w obawie przed ujawnieniem informacji o znaczeniu gospodarczym, zawartych w wyjaśnieniach i załączonych do wyjaśnień dokumentach oraz możliwością zapoznania się z tymi informacjami przez konkurencję, zastrzegamy te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa”. Jedynym działaniem na które wskazuje Wykonawca w tej części pisma jest okoliczność, że „wszelkie informacje tego typu są regularnie zastrzegane w ofertach składanych w toku postępowań o udzielenie zamówień publicznych”.

Przedstawiona przez Wykonawcę argumentacja jest bardzo ogólna, do której odwołać może się w zasadzie każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów, które miałyby potwierdzić,

że podjął jakiegokolwiek działania w celu zachowania informacji w poufności, np.:

- potwierdzających wprowadzenie w organizacji obowiązków zachowania w poufności informacji stanowiących wartość dla organizacji, czy
- dowodu potwierdzającego, że chociażby wprowadził wytyczne dotyczące korzystania z technologii informatycznych, które regulują zasady ochrony danych w ramach technologii informatycznych przed nieuprawnionym ujawnieniem albo
- dowodu potwierdzającego, że wprowadził dokument informujący podwykonawców o zobowiązaniu do przestrzegania przez pracowników firmy obowiązków zachowania w poufności danej kategorii informacji,
- Dowodu potwierdzającego, że w organizacji obowiązuje procedura określająca sposób postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa,
- Dowodu w postaci np. przykładowego wzoru umowy o pracę/współpracę/ kopii zawartych umów o pracę/ współpracę potwierdzających, że w organizacji u Wykonawcy w ww. umowach zawiera się klauzulę poufności.

Lektura całości Pisma Przystępującego prowadzi do wniosku, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia należytej kontroli zastrzeżenia przez Wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaniechanie ujawnienia ww. dokumentów stanowi

naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji. Zamawiający wskutek swoich zaniedbań na etapie oceny zastrzeżenia przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa doprowadził do sytuacji, w której ograniczył innym wykonawcom, w tym Odwołującemu, możliwość weryfikacji, czy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były rzeczowe

i prawidłowe, a Przystępujący wywiązał się z ciężaru dowodzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Dowody stanowiące załączniki nr 3 – 9 do pisma z 10 października 2024 r. ze względu

na nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa winny zostać ujawnione

i udostępnione wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu.

Ponadto należy zauważyć, że Wykonawca zastrzegł całe dokumenty, w tym całe oferty podwykonawców i kalkulacja, co jest niedopuszczalne zgodnie z orzecznictwem.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 7 stycznia 2025 r. (pismo datowane na 3 stycznia 2025 r.) wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska w zakresie zarzutów podstawowych wskazał:

„W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca może skutecznie zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykaże, że rzeczywiście jest

to tajemnica przedsiębiorstwa. Składanie informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa przez wykonawcę jest więc obciążone sporym ryzykiem - informacja, której wykonawca nie zamierza ujawniać, może zostać odtajniona, jeżeli wykonawca nie wykaże łącznego spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się (1) informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, (2) 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, (3) o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W orzecznictwie sądowoadministracyjnym przyjmuje się, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny oraz formalny (wyrok NSA z 5 kwietnia 2013 r. - sygn. akt I OSK 195/13, wyrok NSA z 12 lutego 2015 r. - sygn. akt I OSK 759/14). Na spełnienie aspektu formalnego wskazuje podjęcie przez przedsiębiorcę środków ochronnych, mających na celu pozostawienie informacji niepoznawalnej dla ogółu, zaś aspekt materialny zachodzi wówczas, gdy konkretne dane zawierają informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne mające wartość gospodarczą, których utajnienie jest istotne z punktu widzenia interesów przedsiębiorcy. Badając spełnienie w przedmiotowej sprawie aspektu formalnego zauważyć należy, że Zamawiający oświadczył, że złożone przez niego dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorcy.

Ponadto, wbrew stanowisku Odwołującego, wykonawca PEUIM, przedstawił uzasadnienie

dla utajnienia informacji, zawartych w samych wyjaśnieniach, jak również w załącznikach,

do których Odwołujący co do zasady nie zgłaszał zastrzeżenia braku zasadności ich utajnienia. Tym samym czynność badania przez Zamawiającego zasadności zastrzeżenia przez Wykonawcę informacji, należy ocenić całościowo jako spójną i spełniającą wymogi stawiane prawem. Dowód: dokumentacja w załączeniu oraz w aktach sprawy.

Przy powyższym należy wskazać, że zamawiający przyjął taką samą miarę, co do charakteru informacji wskazanych w odpowiedziach na pytania o szczegółowe założenia nie tylko kalkulacyjne, ale również organizacyjne, czy też w zakresie podwykonawców, technologii

i parametrów zamówienia. Przyjmując zatem za wystarczające dla utrzymania w poufności części założeń uzasadnienie przedstawione w piśmie Wykonawcy z 10.10.2024 r., w ocenie Zamawiającego nie można założyć jak uczynił Odwołujący, iż jest ono niedopuszczalne

co do zasady. Wykonawca PEUIM wykazał bowiem spełnienie przesłanek koniecznych

do utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. To nie samo uzasadnienie, ale charakter informacji ma zatem istotne znaczenie dla oceny prezentowanych w wyjaśnieniach PEUIM danych związanych z przedmiotem zamówienia, jak i samą organizacją i założeniami (m.in. wyrok SO w Warszawie z dnia 9 listopada 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 89/23, LEX nr 3636387).

Warto zwrócić uwagę na fakt, iż o wartości gospodarczej informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych wymagających ochrony decyduje ich treść, która w zależności od rodzaju, specyfiki postępowania, czy treści skierowanego do wykonawcy wezwania i udzielonego przez wykonawcę zakresu wyjaśnień, może być inna (wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2023 r. sygn. akt KIO 3536/23). Co więcej, zgodnie z orzecznictwem, przesłanka "posiadający wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko

do informacji "innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny

czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą

dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna (m.in. wyrok KIO z dnia 11 maja 2023 r. sygn. akt KIO

1158/23).

Zdaniem Zamawiającego w dowodach stanowiących załączniki nr 3 – 9 do pisma z 10.10.2024 r. została prawidłowo zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa, wobec czego Odwołujący niesłusznie zarzuca jakoby winny one zostać ujawnione i udostępnione wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu.

Dowód: dokumentacja w załączeniu oraz w aktach sprawy.

Tym samym zważywszy na to, iż Wykonawca PEUIM w przedmiotowym postępowaniu

w sposób należyty wykazał, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje mają szczególną wartość, oraz że podjął działania w celu szczególnej ochrony i zabezpieczenia tychże informacji, zarzuty stawiane przez Odwołującego w tym zakresie są nieuzasadnione”.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając ujawnioną dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego, Zamawiającego**

**i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie w zakresie w zarzutów podstawowych, tj. zarzutów nr 1 i 2. W konsekwencji pozostałe zarzuty odwołania nie zostały rozpoznane.

Izba ustaliła, co następuje:

17 grudnia 2024 r. do Zamawiającego zostało skierowane wezwanie:

„(...) wzywam: Zamawiającego do doręczenia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oraz pozostałym stronom (z zastrzeżeniem obowiązku ochrony informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) odpowiedzi na odwołanie wraz z dowodami istotnymi dla rozstrzygnięcia odwołania w terminie do dnia: 7 stycznia 2024 r. do godziny 12.00”.

31 grudnia 2024 r. Zamawiający (oraz Odwołujący i Przystępujący) został poinformowany, że posiedzenie z udziałem Stron i uczestników postępowania zostało wyznaczone na 9 stycznia 2025 r., na godzinę 9.00.

7 stycznia 2025 r. do Izby wpłynął mail od Zamawiającego zawierający w załączeniu odpowiedź na odwołanie (datowaną na 3 stycznia 2025 r.). W treści maila Zamawiający wskazał:

„Realizując Państwa prośbę, wyrażoną w piśmie z dnia 17 grudnia 2024 r., niniejszym w załączeniu przesyłam odpowiedź na odwołanie w. KIO 4661/24. Jednocześnie wskazuję, iż w/w pismo wraz z załącznikami oraz kompletną dokumentacją postępowania zostało Państwu listem poleconym na adres Państwa siedziby”.

Zamawiający został w tej sytuacji poproszony o pilne przesłanie dokumentacji drogą elektroniczną, W odpowiedzi (mail z 7 stycznia 2025 r.) pełnomocnik Zamawiającego wskazał:

Z racji na to, iż załączniki z racji na ich objętość nie zostały Państwu doręczone wraz z ostatnim mailem, poniżej udostępniam link do google drive z dokumentacją ws. KIO 4661/24:

[https://drive.google.com/file/d/1zTnN\\_cMOy-5Lpb8EqP\\_c9D7z8-CtG\\_IU/view?usp=drive\\_link](https://drive.google.com/file/d/1zTnN_cMOy-5Lpb8EqP_c9D7z8-CtG_IU/view?usp=drive_link)

Wskazany w mailu link nie działał – tj. nie zawierał żadnej możliwej do pobrania treści – wymagał dodatkowego logowania, a po zalogowaniu nie pozwalał na dostęp (brak uprawnień). W toku posiedzenia z udziałem Stron pełnomocnik Zamawiającego potwierdził to ustalenie. Pełnomocnik Zamawiającego na posiedzeniu z udziałem Stron złożył jednak do akt płytę CD, która miała zawierać pełną dokumentację postępowania.

Dokumentacja zawarta na tej płycie okazała się nie być kompletna – foldery mające zawierać (po tytułach folderów sądząc) dokumenty kluczowe dla oceny zarzutów odwołania okazały się być puste.

Do czasu zamknięcia rozprawy Zamawiający nie złożył dokumentacji postępowania zawierającej dokumenty będące podstawą odwołania.

Zgodnie z art. 542 Pzp:

1. Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia

zebranego materiału.

2. Izba ocenia na tej samej podstawie, jakie znaczenie nadać odmowie przedstawienia przez stronę lub uczestnika postępowania odwoławczego dowodu lub przeszkodom stawianym przez nich w jego przeprowadzeniu wbrew zobowiązaniu Izby.

W oparciu o art. 542 ust. 2 Pzp Izba uznała, że Zamawiający celowo uniemożliwił przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w zakresie kluczowym dla oceny zarzutów odwołania. Stanowisko procesowe Zamawiającego sprowadzało się do prostego zaprzeczenia twierdzeniom Odwołującego, bez odniesienia się do konkretnych argumentów. Odwołujący oparł się na znanej mu treści dokumentów złożonych w postępowaniu przez Przystępującego, ale cytaty z pisma Przystępującego okazały się być jedynym dostępnym Izbie źródłem informacji o sposobie, w jaki Przystępujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa.

Argumentacja Odwołującego wynikająca z przytoczonych fragmentów pisma Przystępującego jest racjonalna i logiczna, w wysokim stopniu uprawdopodobnia trafność zarzutów odwołania. Przystępujący w swoim stanowisku procesowym o ile wdał się w polemikę z argumentacją Odwołującego, to nie wykazał (ani nawet tak nie stwierdził) by Odwołujący posłużył

się wybiórczymi cytatami, które miałyby wypaczyć sens zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do dokumentów złożonych wraz z wyjaśnieniami ceny. Stąd wypływa wniosek, że o ile Odwołujący i Przystępujący różnią się co do oceny skutków zastrzeżenia tajemnicy przez Przystępującego, to nie ma między nimi sporu, co do samej treści tego zastrzeżenia. Wniosek ten jest o tyle istotny, że daje podstawę do uznania, że Odwołujący nie dopuścił się manipulacji treścią pisma Przystępującego z 10 października 2024 r., a zatem przedstawiony w odwołaniu obraz stanu faktycznego sprawy może być uznany za wiarygodny.

Zamawiający z kolei uniemożliwił Izbie porównanie przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania. Biorąc pod uwagę konsekwencję z jaką Zamawiający czynił przeszkody

w dostępie do kluczowych dla sprawy dokumentów, fakt ten Izba potraktowała jako dowód

na niekorzyść Zamawiającego. Trudno znaleźć racjonalne powody, dla których Zamawiający miałby zaniechać udostępnienia dokumentacji postępowania, gdyby był on przekonany,

że jego działania były prawidłowe i zgodne z przepisami prawa.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Przewodniczący .....