Sygn. akt:KIO 2592/24

WYROK

Warszawa, dnia 14 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WIT-KRIS Kupka Ogrodnik Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie oraz BEMARS-Przedsiębiorstwo Recyklingowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Książu Wielkopolskim** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Prażmów**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mo-BRUK Spółka Akcyjna z siedzibą w Korzennej oraz Raf-Ekologia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jedliczu**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie wyjaśnień i dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dotyczących wyliczenia ceny ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mo-BRUK Spółka Akcyjna z siedzibą w Korzennej oraz Raf-Ekologia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jedliczu oraz przez wykonawcę SARPI Dąbrowa Górnicza Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej.**

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Zamawiającego** i:

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

2.2.zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **18 938 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł, zwrot kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie
3 600 zł, kosztów noclegu w kwocie 338 zł.

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 2592/24

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

Gmina Prażmów, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn. *Usunięcie, odbiór i utylizacja szkodliwych odpadów z miejscowości Nowy Prażmów* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 kwietnia 2023 r. pod numerem 205890-2024.

W dniu 22 lipca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WIT-KRIS Kupka Ogrodnik Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie oraz BEMARS-Przedsiębiorstwo Recyklingowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Książu Wielkopolskim, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK") poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentów i informacji złożonych przez Konsorcjum Mo-BRUK oraz wykonawcę SARPI, zastrzeżonych przez tych wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa i dotychczas nieodtajnionych przez Zamawiającego, w terminie umożliwiającym Odwołującemu skuteczne kwestionowanie wyboru oferty Konsorcjum Mo-BRUK uznanej za najkorzystniejszą, jak też oferty SARPI,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Mo-BRUK oraz wykonawcy SARPI, a w konsekwencji też wybór oferty Konsorcjum Mo BRUK oferty tego wykonawcy, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, co w efekcie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania, a co zostało szczegółowo opisane w treści uzasadnienia niniejszego odwołania,

3) art. 226 ust. 1 pkt 6 i 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Mo-BRUK oraz wykonawcy SARPI pomimo, że wykonawcy Ci nie wyjaśnili w sposób rzetelny ofert na pierwsze wezwanie Zamawiającego oraz nie przedstawili dowodów potwierdzających realności zaproponowanych cen, co w konsekwencji powinno prowadzić do oceny, że ceny ich ofert za wykonanie przedmiotu zamówienia są rażąco niskie i nie jest możliwe wykonanie tego zakresu zamówienia za ceny wskazane w ofertach tych wykonawców,

4) art. 224 ust. 1 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum Mo-BRUK oraz wykonawcę SARPI wyjaśnień dotyczących cen ofert, oraz dopuszczenia do powtórnego wyjaśniania cen, w sytuacji w której prawidłowa ocena wyjaśnień prowadzić powinna do wniosku o znaczącym zaniżeniu cen tych, co w efekcie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania, a co zostało szczegółowo opisane w treści uzasadnienia niniejszego odwołania,

5) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Mo-BRUK oraz wykonawcy SARPI, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów UZNK, a w konsekwencji naruszenie art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

6) a w ich wyniku także innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Mo-BRUK, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której przekazana zostanie pełna treść wyjaśnień dotyczących cen ofert złożonych przez Konsorcjum Mo-BRUK oraz wykonawcę SARPI, i w konsekwencji, z ostrożności nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert Konsorcjum Mo-BRUK oraz wykonawcy SARP w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mo-BRUK Spółka Akcyjna z siedzibą w Korzennej oraz Raf-Ekologia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jedliczu, dalej również „Przystępujący".

Pismem z dnia 8 sierpnia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Przystępujący przedstawił stanowisko procesowe przy zgłoszeniu przystąpienia, wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia, oferty wykonawców, uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawców, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy wraz z przedłożonymi dowodami w dniu 12 sierpnia 2024 r.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest usunięcie wszystkich odpadów niebezpiecznych nielegalnie zgromadzonych i magazynowanych na terenie nieruchomości przy ul. Akacjowej 18 w miejscowości Nowy Prażmów gm. Prażmów, umieszczonych w różnego rodzaju pojemnikach (w tym w beczkach o różnych pojemnościach, mauzerach itp.) na terenie hali magazynowej usytuowanej na działce nr 177/4 i 178/2 oraz poddanie ich odpowiednim co do właściwości Odpadów ostatecznym procesom odzysku lub unieszkodliwiania. Szacowana ilość odpadów wynosi ok. 2 000,00 Mg.

Realizacja przedmiotu zamówienia ma się odbyć w oparciu o decyzję nr 2/2023 z dnia 13 listopada 2023 roku Wójta Gminy Prażmów wydaną na podstawie art. 104 kodeksu postępowania administracyjnego oraz art. 26a ust. 1, ust. 2 pkt. 3, ust. 3 i ust. 4 ustawy o odpadach (Dz. U. 2023 poz. 1587 z późn. zm.) w związku z koniecznością podjęcia działań polegających na usunięciu przedmiotowych Odpadów i gospodarowaniu nimi ze względu na stwarzane przez nie zagrożenie dla zdrowia i życia ludzi oraz dla środowiska, przy czym nie jest znana zarówno faktyczna ilość odpadów, jak też ich skład.

W załączniku nr 9 do specyfikacji warunków zamówienia, stanowiącym opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający zastrzegł szereg wymagań dotyczących zakresu i sposobu spełniania świadczenia przez potencjalnego wykonawcę rzutujących na wycenę realizacji umowy.

W postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców. Poza odwołującym – oferującym wykonanie przedmiotu zamówienia w cenie 17 928 000 zł, także wykonawca SARPI Dąbrowa Górnicza Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, dalej „SARPI" z ceną 15 100 000 zł, Przystępujący z ceną 13 176 000 zł oraz Konsorcjum SOLVECO z ceną 10 152 000 zł uznaną przez Zamawiającego za rażąco niską (oferta odrzucona).

Zmawiający pismem z dnia 27 maja 2024 r. wezwał wszystkich wykonawców, za wyjątkiem Odwołującego, do wyjaśnień, w tym załączenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny ofertowej.

Wykonawca SARPI udzielił odpowiedź w dnia 28 maja 2024 r., a Przystępujący w dniu 5 czerwca 2024 r., zastrzegając plik pn. „Wyjaśnienia – Tajemnica przedsiębiorstwa" jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 18 czerwca 2024 r. ponownie wezwał wszystkich wykonawców, za wyjątkiem Odwołującego, do wyjaśnień, w tym załączenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny ofertowej.

Wykonawca SARPI udzielił odpowiedź w dniu 25 czerwca 2024 r., zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa załącznik nr 1 do pisma – Wykaz kosztów, Przystępujący również odpowiedział w dniu 25 czerwca 2024 r., zastrzegając plik pn. „Wyjaśnienia – Tajemnica przedsiębiorstwa" jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 12 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentów i informacji złożonych przez Przystępującego oraz wykonawcę SARPI, zastrzeżonych przez tych wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa i dotychczas nieodtajnionych przez Zamawiającego, w terminie umożliwiającym Odwołującemu skuteczne kwestionowanie wyboru oferty Przystępującego uznanej za najkorzystniejszą, jak też oferty SARPI.

Izba oceniając treść uzasadnień zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa stwierdziła, że Przystępujący oraz wykonawca SARPI w sposób całkowicie nieuprawniony dokonali zastrzeżenia złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny (Przystępujący zastrzegł całe dokumenty, a wykonawca SARPI załącznik nr 1 – Wykaz kosztów - do wyjaśnień z dnia 25 czerwca 2024 r.).

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp), a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Natomiast podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

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 oraz wykonawca SARPI zobowiązani byli wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla owego „wykazania" nie wystarczą same deklaracje.

Obowiązek „wykazania", że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa polega przede wszystkim na przedstawieniu przez wykonawcę konkretnych okoliczności potwierdzających spełnienie wszystkich przesłanek wymaganych do uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazywane przez wykonawcę okoliczności muszą być rzeczowe, wiarygodne, spójne i konkretne na tyle, aby umożliwiały dokonanie oceny zastrzeganych informacji w kontekście art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Obowiązek „wykazania" obejmuje przedstawienie, stwierdzenie, pokazanie, dowiedzenie okoliczności, na potwierdzenie zaistnienia (spełniania) przesłanek, określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powoływane przez wykonawcę w uzasadnieniu zastrzeżenia muszą mieć charakter obiektywny i weryfikowalny, a także powinny być — stosownie do możliwości i potrzeby — poparte dowodami. Za wykazanie nie może być uznane ogóle uzasadnienie sprowadzające się do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa czy przytoczenie orzecznictwa sądów w tym zakresie, ale również koniecznym jest przedstawienie w miarę możliwości stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania" oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienie ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także wykazać ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru.

Reasumując, wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. „Wykazanie", o którym mowa w art. 18 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. Oczywiście nie sposób wyobrazić sobie dowodzenia nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji. W tym zakresie co do zasady wystarczające będzie złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego. Inna jest jednak sytuacja w przypadku wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, itp.).

Należy również uznać za niedopuszczalną praktykę zastrzegania całego pliku dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli znajdują się w nim informacje różnej wagi, także nieposiadające cech tajemnicy przedsiębiorstwa. W takim przypadku wykonawca zastrzegając wiele dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa ponosi ryzyko, że w razie ujawnienia całego pliku dokumentów, zostanie również ujawniona rzeczywista tajemnica

przedsiębiorstwa, zasługująca na ochronę. Podkreślenia wymaga, że zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno odbywać się z zastosowaniem zasady minimalizacji, czyli zastrzegany powinien być jak najmniejszy możliwy wycinek tekstu, pojedyncze dane, pojedyncze wersy lub ich fragmenty, pojedyncze zdania lub ich fragmenty, pojedyncze akapity lub ich fragmenty, pojedyncze strony lub ich fragmenty itd., a całe dokumenty jedynie w ostateczności, gdy nie ma innej możliwości, gdyż w zamówieniach publicznych w rzeczywistości jedynie wyjątkowo zdarza się, że całe dokumenty od początku do końca są ową informacją posiadającą cechy tajemnicy.

W niniejszym stanie faktycznym Przystępujący oraz wykonawca SARPI nie wykazali dlaczego w ramach niniejszego postępowania ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić szkodę i w czym dokładnie jej upatrują. Abstrahując od samej obszerności uzasadnienia przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych dokumentów (zastrzegając pismem z dnia 5 czerwca 2024 r. 6 stron wyjaśnień, a pismem z dnia 25 czerwca 2024 r. – 7 stron wraz z 6 załącznikami, Przystępujący przedłożył niespełna półtorej strony pisma), Przystępujący nie udowodnił, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia zawierają jedynie ogólnikowe twierdzenia, przywołują przesłanki określone art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wyroki sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawca SARPI zastrzegając zaś 1 załącznik w wyjaśnieniach z dnia 25 czerwca 2024 r. w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji (zawartej na niespełna dwóch stronach) przywołał także tylko przesłanki określone art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wyroki sądów administracyjnych i Krajowej Izby Odwoławczej. Sama treść uzasadnienia jest lakoniczna.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, Przystępujący oraz wykonawca SARPI zobowiązani byli wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że 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.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyraźnie wskazuje, że ochronie podlega informacja mająca wartość gospodarczą. Posługiwanie się zaś przez Przystępującego twierdzeniami, że ochronie podlegają wszelkie informacje zawarte w plikach „Wyjaśnienia – Tajemnica przedsiębiorstwa" wymagało od niego wykazania w stosunku do tych informacji ustawowych przesłanek ochrony, w tym wykazania obiektywnej wartości gospodarczej takich informacji. Jednocześnie Izba wskazuje, że jeżeli celem Przystępującego było zastrzeżenie wyjaśnień jako autorskiego zestawienia informacji służących wycenie przedmiotu zamówienia, to okoliczność taką winien wykazać. Nie stanowi wykazania przytoczenie brzmienia art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji stwierdzić należy, że obowiązkiem Przystępującego było wykazania obiektywnej wartości gospodarczej zestawienia informacji w pismach z dnia 5 czerwca 2024 r. oraz 25 czerwca 2024 r., wartości sięgającej poza ramy tego konkretnego postępowania czy określonego elementu tych wyjaśnień. Takich okoliczności, w ocenie Izby, Przystępujący nie wykazał.

Odnosząc się do opisu wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, Przystępujący podniósł, że informacje dotyczące zakładanej marży czy prognoz z realizowanych kontraktów stanowią wartość gospodarczą, której jako podmiot prowadzący działalność w ramach spółki akcyjnej, nie są ujawniane do publicznej wiadomości. Ponadto informacje tego rodzaju stanowią element konkurowania na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami. Wykonawca SARPI stwierdzał, że stosowana metodologia określania kosztów realizacji usługi obrazuje faktycznie ponoszone koszty wykonawcy, a tym samym pozwala ocenić jego konkurencyjność na rynku, jak również możliwości techniczne.

Izba wskazuje, że twierdzenia Przystępującego i wykonawcy SARPI o podwyższaniu pozycji rynkowej konkurencji są tak ogólne, że trudno uznać, że mogą one być wykorzystane z jakąś stratą ekonomiczną dla wykonawcy. Przystępujący oraz wykonawca SARPI nie precyzują też w jaki konkretnie sposób takie informacje mogą być wykorzystane przez konkurentów. Podkreślić także należy, że przewidywane przez wykonawców koszty pracy, czy też koszty sprzętu zostały przygotowane na potrzeby niniejszego postępowania, wykonawcy nie wykazali w jaki sposób mogłyby być wykorzystane przez konkurentów w innych postępowaniach. Wymaga podkreślenia, że średni koszt wynagrodzenia przyjęty przez wykonawcę jest wyliczany w oparciu o konkretne warunki danego zamówienia i wymagania określone przez zamawiającego. Ponadto, każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby materiałów, sprzętu czy pracowników, przy czym nie jest informacją poufną, że również każdy z wykonawców dąży do obniżenia ceny, aby ostatecznie uzyskać

zamówienie. To naturalny aspekt działalności gospodarczej. Trudno zatem uznać za racjonalne, że przez ujawnienie szacowanych kosztów poszczególnych pozycji zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżać swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów. Izba wskazuje również, że ceny zaproponowane przez wykonawców są wyłącznie jego projekcjami i przewidywaniami. Nie mają charakteru pewnego i obiektywnego. Trudno zatem przypisać im obiektywną wartość gospodarczą.

Izba wskazuje, że kalkulacja ceny ofertowej odbywa się zawsze na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem wymogów określonych w konkretnym opisie przedmiotu zamówienia. Przystępujący oraz wykonawca SARPI nie wykazali, zdaniem Izby, iż w treści wyjaśnień zawarta jest jakaś unikalna metodyka wyceny kosztów realizacji zamówienia, która ujawniona ich konkurentom mogłaby być wykorzystana przez nich w innych postępowaniach. Czynniki generujące koszty realizacji zamówienia wynikają z uwarunkowań wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia w konkretnym postępowaniu. Analiza zaś treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wskazuje, że założenia wykonawców są powszechnie znane przedsiębiorcom prowadzącym działalność w obszarze objętym przedmiotem zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, że zarówno Przystępujący, jak i wykonawca SARPI, nie wykazali w jaki konkretnie sposób ujawnienie owych indywidualnych założeń wyceny narazi ich na utratę pozycji rynkowej, bowiem nie przedstawili żadnej analizy pomiędzy założeniami wykonawcy a rzekomym ryzkiem straty pozycji rynkowej czy szkód finansowych. Izba stwierdziła także, że Przystępujący oraz wykonawca SARPI nie zidentyfikowali w jaki sposób mogłaby powstać potencjalna szkoda po ich stronie w związku z odtajnieniem twierdzeń wykonawców.

Obowiązkiem Przystępującego oraz wykonawcy SARPI było należyte wykazanie, że wyjaśnienia stanowią indywidualne zestawienie informacji jawnych i poufnych, są autorskim rozwiązaniem wykonawcy stosowanym przy wycenie zamówień publicznych, które może być wykorzystywane w innych postępowaniach przez konkurencję, a tym samym powodować jakieś określone straty ekonomiczne po ich stronie. Takich jednak okoliczności wykonawcy nie wykazali. Ponadto, wskazać należy, że o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługującą na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa.

Resumując, Izba stwierdziła, że Przystępujący oraz wykonawca SARPI w żadnym miejscu nie wykazali wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, powołując się jedynie na ogólne stwierdzenia, że pozostali wykonawcy mogliby uzyskać bliżej nieokreśloną przewagę. Co istotne, obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa względem określonych informacji. Nie sposób uznać za wykazanie spełnienia omawianej przesłanki przez przywoływanie subiektywnej oceny informacji dokonanej przez danego wykonawcę. Zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający obiektywną wartość gospodarczą. Tymczasem Przystępujący oraz wykonawca SARPI obiektywnej wartości gospodarczej nie zdołali wykazać.

Ponadto, zarówno Przystępujący jak i wykonawca SARPI nie wykazali jakie podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności. Samo powoływanie się na zawieranie umów o zachowaniu poufności lub umieszczaniu odpowiednich klauzul tajemnicy przedsiębiorstwa w umowach handlowych, bez udowodnienia że takie postanowienia istnieją, a nawet bez wykazania, że takie umowy zostały faktycznie zawarte, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Deklaracje w tym zakresie należy uznać za gołosłowne i stwarzające wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy.

W ocenie Izby nie wystarczą jedynie twierdzenia wykonawcy. W takim wypadku niezbędne jest przedłożenie konkretnych dowodów, a zatem umowy zawartej w konkretnej dacie z konkretnym podmiotem, zawierającej konkretne postanowienia, w ramach której wykonawca zobowiązany jest do zachowania w poufności wszelkich informacji.

W sposób tożsamy należy ocenić powołanie się Przystępującego na regulacje korporacyjne, obowiązujące w jego spółce. Skoro obowiązuje u Przystępującego Regulamin pracy oraz klauzule zachowania tajemnicy stosowane w umowach z pracownikami oraz innymi zatrudnionymi, a wykonawca SARPI wskazywał na wewnętrzne unormowania obowiązujące w przedsiębiorstwie, należało przedstawić Zamawiającemu dowody na tę okoliczność, przykładowo zarządzenia w sprawie ochrony bezpieczeństwa informacji, regulacje związane z obiegiem dokumentów, dostępem do nich, utworzeniem kancelarii tajnej czy też postanowienia umowne zawierające klauzule poufności dotyczące pracowników. Przystępujący oraz wykonawca SARPI nie przedstawili żadnych dokumentów potwierdzających, że podjęli działania zmierzające do nieujawnienia treści informacji osobom trzecim.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentów i informacji złożonych przez Przystępującego oraz wykonawcę SARPI,

zastrzeżonych przez tych wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa i dotychczas nieodtajnionych przez Zamawiającego, w terminie umożliwiającym Odwołującemu skuteczne kwestionowanie wyboru oferty Przystępującego uznanej za najkorzystniejszą, jak też oferty SARPI.

Dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie wyjaśnień i dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dotyczących wyliczenia ceny ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mo-BRUK Spółka Akcyjna z siedzibą w Korzennej oraz Raf-Ekologia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jedliczu oraz przez wykonawcę SARPI Dąbrowa Górnicza Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej.

Izba uznała, że wobec nakazania Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawców nie podlegały rozpoznaniu pozostałe zarzuty naruszenia ustawy Pzp. Dopiero po odtajnieniu treści złożonych wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny przez wykonawców, Odwołujący będzie miał pełną wiedzę co do ewentualnego sformułowania zarzutu naruszenia art. 226 czy 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku
na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu
od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:……