

WYROK

Warszawa, dnia 14 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2024 r. przez wykonawcę MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Narodowe Centrum Badań Jądrowych w Otwocku przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 3 odwołania,
2. oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania.

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 2593/23

Uzasadnienie

Zamawiający Narodowe Centrum Badań Jądrowych w Otwocku (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie modernizacji, przebudowy i rozbudowy kompleksu budynków laboratoryjnych POIFEL oraz jego infrastruktury technicznej” (nr postępowania EZP.270.8.2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 marca 2024 r. pod nr 147183 – 2024

Dnia 22 lipca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1) i pkt 2) w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie złożył Wykonawca MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. nieprawidłowej ocenie czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pismem z dnia 24 maja 2024 r. i pismem z dnia 14 czerwca 2024 r., oraz wszystkich dokumentów (załączników) złożonych wraz z tymi wyjaśnieniami, w tym mających na celu wykazanie braku rażąco niskiej ceny oferty tego Wykonawcy, i w konsekwencji uznanie, że wyjaśnienia te oraz dokumenty (załączniki) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co też nie zostało wykazane przez ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
2. braku udostępnienia Odwołującemu pełnych wyjaśnień ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie rażąco niskiej ceny wraz ze wszystkimi załącznikami do tych wyjaśnień, w tym załącznikami do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo że Wykonawca ten nie wykazał skutecznie, że stanowią one (wszystkie) tajemnicę przedsiębiorstwa;
3. zaniechania sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu pisemnego uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odmowie odtajnienia tych dokumentów, które powinno zawierać analizę badania skuteczności i zasadności zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez ZAB-BUD Sp. z o.o. przeprowadzonego przez Zamawiającego, ani po otrzymaniu przez niego wniosku Odwołującego z dnia 15 lipca 2024 r. o przesłanie protokołu postępowania wraz ze

wszystkimi załącznikami oraz dokumentów i całej korespondencji powstałej od momentu otwarcia ofert do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej firmy ZAB – BUD Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w niniejszym postępowaniu, ani na wniosek Odwołującego z dnia 17 lipca 2024r. ewentualnie z ostrożności procesowej;

4. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez ZAB-BUD Sp. z o.o. w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona z postępowania z uwagi na okoliczności opisane w szczegółach w uzasadnieniu odwołania;

a w każdym przypadku

5. nieuzasadnionym wyborze oferty Wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („u.z.n.k.”) poprzez uznanie, że:

- Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o. o. w prawidłowy sposób wykazał, że informacje ujęte w wyjaśnieniach odnoszących się do ceny oferty, a także że dokumenty mające potwierdzać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego Wykonawcy, podczas gdy Wykonawca ten w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a w szczególności że zastrzeżone dokumenty mają wartość gospodarczą;

- Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o. o. dokonał prawidłowego zastrzeżenia, obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa jedynie dopuszczalny zakres informacji (wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa);

- informacje te są poufne i strzeżone w odpowiedni sposób,

co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom, w tym Odwołującemu, przeprowadzenie weryfikacji oceny Zamawiającego w zakresie uznania, że oferta Wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o. o. nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2. art. 16 ust. 1 i 3 oraz art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 74 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez brak odtajnienia i udostępnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych przez Wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o. o. informacji (wyjaśnień RNC wraz z wszystkimi załącznikami), mimo takiego obowiązku (art. 74 ustawy Pzp), w sytuacji, w której informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym ww. Wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., co stoi w sprzeczności z obowiązkiem Zamawiającego prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców;

3. art. 16 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 74 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez zaniechanie sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu pisemnego uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odmowie odtajnienia tych dokumentów, które powinno zawierać analizę badania skuteczności i zasadności zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez ZAB-BUD Sp. z o. o. przeprowadzonego przez Zamawiającego, ani po otrzymaniu przez niego wniosku Odwołującego z dnia 15 lipca 2024 r. o przesłanie protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami oraz dokumentów i całej korespondencji powstałej od momentu otwarcia ofert do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej firmy ZAB – BUD Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w niniejszym postępowaniu, ani na wniosek Odwołującego z dnia 17 lipca 2024r., co stoi w sprzeczności z obowiązkiem Zamawiającego prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty oraz w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców;

ewentualnie - z ostrożności procesowej

4. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o., pomimo że cena oferty lub jej istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania, co też winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy, czego jednak Zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty Wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;

a w konsekwencji

5. art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wnosił o:

1. Uwzględnienie odwołania,

2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert oraz odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny wraz ze złożonymi załącznikami do tych wyjaśnień, w tym dowodami dołączonymi do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ewentualnie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o.o. już na obecnym etapie z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę,

3. Zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy

Pzp. Odwołujący, jako podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, posiadający odpowiednie kwalifikacje zawodowe i doświadczenie w realizacji prac stanowiących przedmiot zamówienia, złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, a jego oferta jest aktualnie sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Zamawiający nieprawidłowo ocenił czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (pismem z dnia 24 maja 2024 r. i pismem z dnia 14 czerwca 2024 r. wraz z innymi dokumentów (załączników) złożonych wraz z tymi wyjaśnieniami) i w konsekwencji uznał, że wyjaśnienia te oraz dokumenty (załączniki) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (co nie zostało wykazane przez ZAB-BUD Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie). Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu pisemnego uzasadnienia swojej decyzji o odmowie odtajnienia tych dokumentów, które powinno zawierać analizę badania skuteczności i zasadności zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez ZAB-BUD Sp. z o. o. przeprowadzonego przez Zamawiającego - ani po otrzymaniu przez niego wniosku Odwołującego z dnia 15 lipca 2024 r. o przesłanie protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami oraz dokumentów i całej korespondencji powstałej od momentu otwarcia ofert do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej firmy ZAB – BUD Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w niniejszym postępowaniu, ani na wniosek Odwołującego z dnia 17 lipca 2024r.

Odwołujący wskazał, że na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zaskarżenia złożonego przez niego odwołania, Odwołującemu uniemożliwiło to weryfikację oferty Wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny. Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a). Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 12 lipca 2024 r. (informacja o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 22 lipca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że dnia 12 lipca 2024 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o dokonaniu w prowadzonym przez niego postępowaniu wyboru najkorzystniejszej oferty – Wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. W dniu 15 lipca 2024 r. zwrócił się do Zamawiającego o przesłanie protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami oraz dokumentów i całej korespondencji powstałej od momentu otwarcia ofert do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej firmy ZAB–BUD Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. W odpowiedzi na złożony przez Odwołującego wniosek, w dniu 17 lipca 2024 r., Zamawiający przekazał mu dokumenty postępowania. Z analizy przesłanych dokumentów Odwołujący wskazał, że dowiedział się, że Zamawiający dwukrotnie wzywał Wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o.o. do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny – pismem z dnia 15 maja 2024 r. i z dnia 10 czerwca 2024 r. Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia pismem z dnia 24 maja 2024 r. wraz z załącznikami, w tym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, którą objął całe merytoryczne wyjaśnienia oraz załączniki (oprócz jednego) oraz załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Następnie złożył drugie wyjaśnienia pismem z dnia 14 czerwca 2024 r. także obejmując obszernie fragmenty tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. W dniu 17 lipca 2024 r. Odwołujący złożył kolejny wniosek o udostępnienie mu dokumentów. Odwołujący wskazał, że w dniu 18 lipca 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na złożone przez niego pismo o treści: „Zamawiający informuje, iż nie udostępni dokumentów Wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. dotyczących wyjaśnień rażąco niskiej ceny (z dnia 24.05.2024 r. oraz z dnia 14.06.2024 r.) oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.”

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający niesłusznie ocenił, iż wyjaśnienia Wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. oraz złożone przez tego Wykonawcę dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie tych informacji przez Wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o.o., a następnie odmowa ich udostępnienia przez Zamawiającego ma zdaniem Odwołującego wyłącznie na celu utrudnienie weryfikacji złożonych wyjaśnień. Uzasadniając zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał na prymat zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Podkreślił on, że Zamawiający, badając uzasadnienie zastrzeżenia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa, zobowiązany jest do dokładnej weryfikacji, czy dany wykonawca wykazał, że konkretna informacja wypełnia łącznie wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Dalej Odwołujący podał, że Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu (a wręcz informacji) zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść

dokumentu (informacje w nim zawarte). Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione.

Odwolujący wskazał, że celem wdrożenia art. 18 ustawy Pzp (zasada jawności postępowania) było wprowadzenie w zamówieniach publicznych kontroli rozproszonej, czyli przede wszystkim sprawdzanie prawidłowości postępowania przez innych wykonawców w taki sposób, aby każdy zainteresowany mógł mieć wgląd do dokumentacji postępowania i wyrazić swoje uwagi. Odwołujący podnosił, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji, czy przedstawione przez Wykonawcę informacje zasługują na ochronę. Przebieg analizy i ostateczna decyzja Zamawiającego w zakresie utajnienia zastrzeżonych dokumentów mogą się przy tym w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znacząco różnić – w zależności od treści żądań wykonawcy i wagi przedstawionych przez niego informacji. Odwołujący zauważył, że Zamawiający ma obowiązek ujawnienia (odtajnienia) informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę, które ze swojej istoty tajemnicą przedsiębiorstwa nie są.

W ocenie Odwołującego, Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (a już na pewno, że wszystkie z nich, niejako en bloc), w tym przede wszystkim nie wykazał, że mają one jakąkolwiek wartość gospodarczą czy też zachowana jest ich poufność. W ocenie Odwołującego Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. nie dochował należytej staranności, aby zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa te zindywidualizowane informacje, które faktycznie mogłyby taką tajemnicę stanowić.

Odwolujący wskazał, że ZAB-BUD Sp. z o.o. - poza wstępnym (przewodnim) fragmentem wyjaśnień zawartym w piśmie z dnia 24 maja 2024 r. zawierającym jedynie ogólniki, przytoczenie treści przepisu art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczenia KIO i ogólne oświadczenia w zakresie kompletności oferty i ceny oraz wskazanie, że wyjaśnienia zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (powtórzone następnie w uzasadnieniu zastrzeżenia stanowiącym załącznik nr 1 do wyjaśnień) - utajnił całą dalszą treść wyjaśnień oraz wszystkie załączniki (za wyjątkiem uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ale już nie dokumentów załączonych do tego uzasadnienia). Dodatkowo Odwołujący zauważył, że w piśmie z dnia 14 czerwca 2024 r., Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. złożył dodatkowe wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 czerwca 2024 r. zawierające prośbę o dodatkowe wyjaśnienia w zakresie dwóch branż, tj. branży elektrycznej oraz branży budowlanej, w których zdaniem Zamawiającego występują rozbieżności mogące przesądzić o tym, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę czy też nie.

Odwolujący podał, że w zakresie branży elektrycznej Zamawiający sformułował 14 zagadnień i oczekiwał potwierdzenia wskazanych tam okoliczności (w tym zgodności z opisem przedmiotu zamówienia) oraz w niektórych dodatkowo wyjaśnienia rozbieżności przedstawionej kalkulacji z dokumentami postępowania lub też podania dostawcy urządzeń, ich typu, listy kablowej, rodzaju urządzeń przyjętych do kalkulacji. Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. ograniczył się zdaniem Odwołującego jedynie do złożenia oświadczeń w zakresie potwierdzenia, natomiast na wszystkie pozostałe pytania udzielił odpowiedzi obejmując ich treść tajemnicą przedsiębiorstwa. W zakresie branży budowlanej, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający sformułował 2 zagadnienia i oczekiwał złożenia wyjaśnień (dotyczy kompleksowej ceny na wykonanie dokumentacji projektowej oraz przytoczył 16 pozycji z kosztorysu otrzymanego od Wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o., które nie zostały wycenione mimo założenia o konieczności ich wykonania – na marginesie Odwołujący wskazał, że treść wezwania Zamawiającego i podane tam pozycje kosztorysowe są zgodne z przedmiarem udostępnionym przez Zamawiającego tak co do opisu pozycji, jak i ilości – nie ma tam nic co według Odwołującego uzasadniałoby utajnienie takiej kalkulacji). Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia i informacje w tym zakresie zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa. Pozostała część tego pisma to jak wskazał Odwołujący ogólne oświadczenia powielone z pisma z dnia 24 maja 2024 r. Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. nie załączył do pisma z dnia 14 czerwca 2024 r. uzasadnienia utajnienia zawartych w nich wyjaśnień i informacji. Odwołał się do uzasadnienia złożonego wraz z pismem z dnia 24 maja 2024 r. Taki sposób postępowania Wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. zdaniem Odwołującego jasno wskazuje, że przedstawione w dniu 24 maja 2024 r. uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może dotyczyć konkretnych informacji, które zostały przekazane Zamawiającemu dopiero na jego kolejne wezwanie w piśmie z dnia 14 czerwca 2024 r. Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. utajnił pełną merytoryczną treść wyjaśnień i wszystkie złożone dowody. W tych okolicznościach nie sposób według Odwołującego zgodzić się, że nie zastrzegł on pełnej treści dokumentów, lecz tylko określone informacje.

Odwolujący wskazał, że Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. nie udźwignął ciężaru dowodu, bowiem uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (załączone do pisma z dnia 24.05.2024 r.), mimo że zostało podzielone na części, którym zostały nadane tytuły mające odpowiadać poszczególnym przesłankom z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., to jednak

zawierają one jedynie ogólne stwierdzenia, wielokrotnie kopiowane w różnych częściach tego dokumentu, m.in. o wieloletnim doświadczeniu firmy, o całokształcie doświadczeń, których dorobił się wykonawca, o posiadaniu metod obniżania kosztów w konsekwencji ceny oferty, o sposobie wypracowywania zysku, o sposobach konstruowania cen jednostkowych dających przewagę konkurencyjną, o potencjale kontraktowym, o strategicznej wiedzy dającej przewagę konkurencyjną, o wiarygodnych kontrahentach i ogólnie wiedzy o charakterze gospodarczym, organizacyjnym i handlowym, której konkurencja nie posiada a także o zasobach strategicznych dających firmie trwałą unikalność jednocześnie długotrwałą przewagę na rynku. W żadnym punkcie tegoż uzasadnienia nie zostały według Odwołującego wskazane dowody na poparcie któregośkolwiek z powyższych twierdzeń, w tym o wyjątkowości wiedzy posiadanej przez Wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o.o., która to wyróżniałaby go od innych wykonawców działających na tym rynku budowlanym. Odwołujący zwrócił uwagę, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (załączone do pisma z dnia 24.05.2024 r.) zawiera szereg twierdzeń niezgodnych ze stanem faktycznym niniejszej sprawy, co także potwierdza według Odwołującego ogólnikowość tych wywodów i brak bezpośredniego związku z wyjaśnieniami składanymi w tym konkretnie postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. całe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oparł jedynie na własnym subiektywnym przekonaniu o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Za błędne zdaniem Odwołującego należy uznać twierdzenie, 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 podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. dotyczącej wartości gospodarczej informacji. Odwołujący podkreślił, że treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, sporządzona przez Wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o.o., w zakresie odnoszącym się do wartości gospodarczej informacji ma charakter gołosłownych zapewnień i ogólnych twierdzeń, podczas gdy jego obowiązkiem było omówić i wykazać, urealnić tę wartość w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, nie zaś jedynie oświadczyć, że wyjaśnienia wraz z załącznikami taką wartość posiadają. Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. stwierdził, że wszystkie zastrzeżone informacje zawierają dane dotyczące wypracowanej metodologii w związku z prowadzoną działalnością, podczas gdy powinien był te informacje zindywidualizować. Stanowisko Wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. według Odwołującego oparte jest na błędzie logicznym.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. oświadczył, że podjął działania w celu ochrony informacji, nie wykazał jednak jego zdaniem wartości gospodarczej tych informacji. Informacja nie zyskuje wartości gospodarczej tylko przez to, że w ocenie danego podmiotu (czy stron umowy) jest ona poufna. Odwołujący zauważył, że Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. nie wykazał, aby ujawnienie informacji zawartych w jego wyjaśnieniach faktycznie zagrażało interesom jego przedsiębiorstwa, w szczególności wpływało na pogorszenie jego sytuacji na rynku usług stanowiących przedmiot zamówienia. Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. poprzestał na ogólnikowych tezach o zagrożeniu jego pozycji rynkowej, nie przedstawił jednak żadnej analizy dotyczącej tego, jak ujawnienie tych konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i załącznikach do tych wyjaśnień ma przekładać się na spadek jego konkurencyjności. Zdaniem Odwołującego Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. w ogóle nie wykazał, aby informacje zawarte w wyjaśnieniach rzeczywiście zawierały unikalną, niestosowaną przez inne podmioty, metodologię kształtowania ceny oferty. Nie można według Odwołującego wiązać potencjalnej szkody z tym, że konkurent będzie dysponował szerszym niż obecnie zakresem danych, aby podważyć realność ceny Wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o., skoro jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest priorytetem, a dostęp do załączników do protokołu postępowania jest gwarantowany wykonawcom ustawowo.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że Wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. nie wykazał jednej z kluczowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - wartości gospodarczej informacji, które utajnił. Zamawiający zaś nie dokonał pogłębionej analizy (lub nie dokonał żadnej analizy) przedstawionego przez Wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o.o. uzasadnienia i wzięt za pewnik jego stanowisko uznając tajemnicę przedsiębiorstwa za skutecznie zastrzeżoną w pełnym zadeklarowanym przez Wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o.o. zakresie, mimo iż przedstawione uzasadnienie nie wykazywało kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

W dniu 30 lipca 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert będzie miał możliwość weryfikacji oferty Wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożenia w tym zakresie odwołania, w związku z czym Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W dniu 5 sierpnia 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o:

1. Oddalenie odwołania w całości, tj. w zakresie wszystkich zarzutów i żądań.
2. Dopuszczenie i przeprowadzenie przez Izbę dowodów z dokumentów wskazanych w piśmie procesowym na okoliczności tam wskazane.

W dniu 5 sierpnia 2024 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, że:

- 1) Wycofuje zarzut nr 3
- 2) W całości podtrzymuje pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu tj. zarzut nr 1 i zarzut nr 2 stanowiące zarzuty główne, ewentualny do nich zarzut nr 4 oraz pozostający w konsekwencji do wymienionych zarzutów - zarzut 5

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp: „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.” W odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania wykonawca oświadczył o jego cofnięciu. Stosując zatem odpowiednio przepis art. 520 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie tego zarzutu Izba orzekła o umorzeniu postępowania odwoławczego i postanowiła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

W pozostałym zakresie, Izba rozpoznała odwołanie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego wraz z załącznikami, pisma procesowego z dnia 5 sierpnia 2024 r. złożonego przez Przystępującego wraz z załącznikiem, pisma procesowego z dnia 5 sierpnia 2024 r. złożonego przez Odwołującego wraz z załącznikami oraz dowodu nr 1 złożonego przez Przystępującego podczas posiedzenia przed KIO.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie modernizacji, przebudowy i rozbudowy kompleksu budynków laboratoryjnych POIFEL oraz jego infrastruktury technicznej”. W prowadzonym przez niego postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców. Oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Na drugiej pozycji uplasowała się oferta złożona przez Odwołującego.

W dniu 10 maja 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (55 621 976,53 zł brutto).

W dniu 15 maja 2024 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie ofert wraz z załącznikami złożonych w prowadzonym przez niego postępowaniu.

W dniu 15 maja 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i istotnych części składowych mających wpływ na wysokość ceny ofertowej brutto.

W dniu 24 maja 2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, jednocześnie zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia wraz z załącznikami do nich. Przystępujący przedłożył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzegając również jako tajemnicę przedsiębiorstwa załączniki do niego (poza załącznikiem nr 1 tj. jawną listą osób, które miały dostęp do informacji zastrzeżonych).

W dniu 10 czerwca 2024 r. Zamawiający w związku ze złożonymi w dniu 24.05.2024 r. wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny, działając na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym o udzielenie wyjaśnień dotyczących złożonej dokumentacji. Zamawiający zwrócił się z prośbą o dodatkowe wyjaśnienia dotyczące dwóch branż, w których zdaniem Zamawiającego występują rozbieżności mogące przesądzić o tym czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę czy też nie – tj. branży elektrycznej oraz branży budowlanej.

W dniu 14 czerwca 2024 r. Przystępujący złożył dodatkowe wyjaśnienia zastrzegając ich część jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegały również załączniki do wyjaśnień. Przystępujący wskazał, że zastrzeżone informacje dotyczą tych samych kwestii, co informacje zastrzeżone na etapie składania wyjaśnień ceny w dniu 24 maja 2024 r., zatem ich zastrzeżenie jest w pełni dopuszczalne i uzasadnione oraz stanowi oczywistą konsekwencję zastrzeżenia dokonanego na etapie składania wyjaśnień ceny.

W dniu 12 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.

W dniu 15 lipca 2024 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przesłanie protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami oraz dokumentów i całej korespondencji powstałej od momentu otwarcia ofert do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej firmy ZAB – BUD Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 17 lipca 2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu dokumenty postępowania.

W dniu 17 lipca 2024 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o:

- 1) udostępnienie do wglądu wszystkich dokumentów (pism, oświadczeń, dowodów) złożonych Zamawiającemu przez ZAB-BUD Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego (z dnia 15.05.2024 r. i z dnia 10.06.2024 r.) do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w szczególności tych oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 2) w sytuacji odmowy przez Zamawiającego udostępnienia dokumentów, o których mowa w pkt 1) powyżej wnosił o przedstawienie pisemnego uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odmowie odtajnienia tych dokumentów, które powinno zawierać analizę badania skuteczności i zasadności zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez ZAB-BUD Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przeprowadzonego przez Zamawiającego najpóźniej po otrzymaniu przez niego naszego wniosku z dnia 15 lipca 2024 r. o przesłanie protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami oraz dokumentów i całej korespondencji powstałej od momentu otwarcia ofert do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej firmy ZAB-BUD Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w niniejszym postępowaniu.
- 3) w sytuacji odmowy przez Zamawiającego udostępnienia dokumentów, o których mowa w pkt 1) powyżej oraz przedstawienia pisemnego uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odmowie odtajnienia tych dokumentów, o którym mowa w pkt 2) powyżej, wnosił o udzielenie informacji, czy ZAB – BUD Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przedłożył streszczenie w zakresie informacji zastrzeżonych przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa, które mogłoby zostać udostępnione wykonawcom (wnosił o udostępnienie takiego streszczenia), a jeżeli nie przedłożył, to czy Zamawiający zwrócił się do tegoż Wykonawcy o przygotowanie i złożenie mu takiego streszczenia, celem dalszego udostępniania go wykonawcom biorącym udział w niniejszym postępowaniu?

W dniu 18 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż nie udostępni dokumentów Wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. dotyczących wyjaśnień rażąco niskiej ceny (z dnia 24.05.2024 r. oraz z dnia 14.06.2024 r.) oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.

Przedmiotowe postępowanie dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez uznanie, że:

- Przystępujący w prawidłowy sposób wykazał, że informacje ujęte w wyjaśnieniach odnoszących się do ceny oferty, a także dokumenty mające potwierdzać, że jego cena nie jest rażąco niska stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
- Przystępujący zastrzegł jedynie dopuszczalny zakres informacji oraz uznanie, że zastrzeżone informacje są poufne i strzeżone w odpowiedni sposób,
- zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny zastrzeżonych przez Przystępującego podczas gdy nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa,
- ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że cena oferty lub jej istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania.

Izba wskazuje, że stan faktyczny nie był sporny między stronami. Sporne było to, czy Zamawiający był uprawniony do zaniechania ujawnienia dokumentów zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa z uwagi na to, że informacje te spełniają przesłanki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a w związku z tym, czy wykonawca ten przedstawił wyjaśnienia lub dowody, które uzasadniałyby takie zastrzeżenie. Brak ujawnienia zastrzeżonych dokumentów doprowadził w ocenie Odwołującego do niezachowania przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że wydając orzeczenie Izba jest związana zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest obowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Izba wskazuje, że zarzut ewentualny wskazany w odwołaniu jako zarzut nr 4 nie został przez Odwołującego prawidłowo

postawiony. Odwołujący poprzestał na wskazaniu wyłącznie normy prawnej, która w jego ocenie została naruszona przez Zamawiającego nie podając żadnego uzasadnienia faktycznego dla tego zarzutu. Dodatkowo jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania powinno być zawarte już w odwołaniu, a ewentualne kolejne pisma procesowe składane przez Odwołującego powinny mieć charakter porządkujący lub dookreślający dotychczasowe okoliczności, które zostały wskazane w treści odwołania. Izba wskazuje, że kwestia poufności zastrzeganych informacji została podniesiona przez Odwołującego dopiero w piśmie procesowym z dnia 5 sierpnia 2024 r. Okoliczność ta nie została zawarta w odwołaniu, nie można bowiem za takie uznać wyłącznie stwierdzenie zawarte na str. 7 odwołania, że Przystępujący nie wykazał, że zastrzegane informacje mają jakąkolwiek wartość gospodarczą czy też zachowana jest ich poufność.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.:

„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.”

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp:

„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.”

W złożonym odwołaniu oraz podczas rozprawy Odwołujący podnosił, że Przystępujący nie wykazał ani nie udowodnił spełnienia poszczególnych przesłanek odnośnie informacji podlegających zastrzeżeniu w szczególności wskazując na brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, ani tego, że stanowią one jego know-how. Odwołujący twierdzenie swoje uzasadniał m.in. tym, że skoro Przystępujący w innych postępowaniach korzystał z usług kosztorysantów i kosztorysy te były jawne, to niezrozumiałe dla niego jest, dlaczego w tym postępowaniu sposób kalkulacji ceny miały być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba wskazuje, że bezsporne między stronami było to, że Przystępujący przy okazji innych postępowań korzystał z usług kosztorysantów. Jak jednak wskazał Przystępujący dotyczyło to postępowań, które wymagały wiedzy specjalistycznej np. w zakresie urządzeń czy instalacji medycznych, gdzie taką wiedzą musiał się posługiwać. W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący korzysta z know-how, które sam posiadał prowadząc dotychczasową działalność. Ochroną objęte zostało jednak nie doświadczenie i wiedza Przystępującego, a know-how, które z nich wynika. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący bardzo szczegółowo wskazał na czym polega wartość gospodarcza zarówno zastrzeganych informacji, jak i dokumentów, które je potwierdzają. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożył bardzo obszerne i szczegółowe wyjaśnienia poparte wieloma dowodami, które również zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. dlatego, że dotyczą one podmiotów, z którymi Przystępujący współpracuje, szczegółów tej współpracy. Z całą pewnością zdaniem Izby lista podmiotów, z którymi wykonawca współpracuje oraz oferty stanowią informacje handlowe, ponieważ pokazują możliwe do uzyskania warunki współpracy, w tym np. uzyskane ceny czy upusty. Są one podstawą funkcjonowania wykonawcy na rynku. Ujawnienie tych informacji może bowiem znacznie wpłynąć na obniżenie potencjału konkurencyjnego Przystępującego. Przystępujący wbrew głośnym twierdzeniom Odwołującego wykazał w dostateczny sposób wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że sposób kalkulacji oferty jest jednym z podstawowych elementów konkurencji, ponieważ może przesądzać o atrakcyjności cenowej złożonej oferty. Z samej definicji know-how wynika, że stanowi ono wartość dla przedsiębiorstwa, o ile stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak słusznie wskazał Przystępujący odtajnienie zastrzeżonych przez niego informacji, jego know-how spowodowałoby najprawdopodobniej wykorzystanie tych informacji przez podmioty konkurencyjne np. wchodzące na rynek. W przypadku udostępnienia wyjaśnień i załączników do nich podmioty konkurencyjne uzyskają gotowe rozwiązania (sposób kalkulacji oferty), które mogą zostać zastosowane w innych postępowaniach przez Przystępującego pod konkretne zamówienie, których uzyskanie byłoby niemożliwe dla tych podmiotów lub bardzo utrudnione i czasochłonne. Ujawnienie wyjaśnień i załączników do nich znacznie osłabiłoby pozycję i potencjał konkurencyjny Przystępującego wobec innych podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, a tym samym może narazić go na szkodę. Co więcej Przystępujący wskazał, że sporne dane można wykorzystać w kolejnych postępowaniach.

Informacje zastrzeżone przez Przystępującego mają w ocenie Izby wartość gospodarczą. Jako całość nie są one powszechnie znane, ani nie można ich uzyskać np. w trybie informacji publicznej. Są one dostępne wyłącznie dla wąskiego grona osób. Przystępujący podjął szereg działań mających na celu ochronę dostępu do tych informacji i

zachowanie ich w poufności, co starannie udokumentował. Dostęp do informacji objętych tajemnicą jest kontrolowany i przez to ograniczony, zaś konkurencja została skutecznie pozbawiona prawa do uzyskania dostępu do tych danych.

Izba uznała, że wbrew twierdzeniom Odwołującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Przystępującego nie było ogólnikowe, gołosłowne i z całą pewnością nie znalazłoby ono zastosowania w każdej sprawie. W obszernym uzasadnieniu Przystępujący bardzo dokładnie opisał charakter zastrzeganych informacji, ich wartość gospodarczą, jak również wartość gospodarczą wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz dokumentów załączonych do tych wyjaśnień. Wskazał on również, jakie działania podjął w celu ochrony tych informacji.

Zdaniem Izby zarzuty odwołania nie potwierdziły się, a Zamawiający prawidłowo ocenił skuteczność zastrzeżenia dokonanego przez Przystępującego. Izba wskazuje również, że wezwanie z 10 czerwca 2024 r. dotyczyło kwestii uszczegółowienia zagadnień zawartych w wezwaniu z dnia 15 maja 2024 r., dlatego przytoczenie przez Przystępującego w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w odpowiedzi na pierwsze wezwanie było prawidłowe, ponieważ wyjaśnienia nie dotyczyły nowych zagadnień, nieracjonalne byłoby w związku z tym powtarzanie tego samego uzasadnienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, że zastrzeżone informacje przystępującego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa określoną w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., ponieważ dane te stanowią know-how Przystępującego, dotyczą organizacji jego przedsiębiorstwa i posiadają rzeczywistą wartość gospodarczą. Nie są to dane, które w tym zestawieniu są powszechnie znane, ani łatwo dostępne, a przy tym mają charakter uniwersalny, mogą zostać wykorzystane w innych postępowaniach, zaś ujawnienie ich powodowałoby szkodę. Co więcej Przystępujący podjął działania w celu zachowania tych informacji w poufności, co udowodniono dokumentami załączonymi do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. W ocenie Izby zaistniały zatem w przedmiotowym postępowaniu podstawy do uznania, że znajdzie tu zastosowanie wyjątek od zasady jawności postępowania określony w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w konsekwencji czego nie doszło również do naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odnosząc się do podniesionej w odwołaniu niemożności zastrzeżenia całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a zakres jego rozpoznania wyznaczają okoliczności powołane w odwołaniu. Odwołujący wskazując na wybrane orzeczenia KIO żądał odtajnienia de facto całej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazując na możliwość dokonania przez niego oceny treści oferty Przystępującego. Nie wskazał poszczególnych części dokumentów, które w jego ocenie nie powinny zostać utajnione, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

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

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: