

WYROK

Warszawa, dnia 3 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2024 r. przez wykonawcę **IMKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej w Warszawie**

Uczestnik po stronie **zamawiającego**: wykonawca **M.S.**

orzeka:

1. umarza odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm. – ustawa P.z.p.) poprzez jego niezastosowanie wobec oferty wykonawcy M.S.,
- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie wobec oferty wykonawcy M.S.,

2. oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **IMKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawcę **IMKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej w Warszawie** – tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez wykonawcę **M.S.** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od wykonawcy **IMKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie** na rzecz zamawiającego – **Skarbu Państwa – Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej w Warszawie** – kwotę **1 800 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy), stanowiącą ½ kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

3.3. zasądza od wykonawcy **IMKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie** na rzecz wykonawcy **M.S.** kwotę **1 800 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy), stanowiącą ½ kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest obsługa logistyczna i organizacyjna projektu Partnerska Inicjatywa Miast w latach 2024-2026.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień

publicznych (dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 9 maja 2024 r. wykonawca IMKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

1. dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy M.S. VMORIS Agency, pomimo iż oferta ww. wykonawcy winna zostać odrzucona, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do istotnej składowej,
2. dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy M.S. VMORIS Agency, pomimo iż oferta ww. wykonawcy winna zostać odrzucona, ponieważ została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji,
3. zaniechaniu odrzucania oferty wykonawcy M.S., jako tej, która winna zostać odrzucona, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do istotnej składowej,
4. zaniechaniu odrzucania oferty wykonawcy M.S. VMORIS Agency, jako tej, która winna zostać odrzucona, ponieważ została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji,
5. zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu,
6. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu określonego w ust. 2 i 4, zaniechania uchylenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień złożonych na okoliczność wyjaśnienia ceny oferty.

Mając na uwadze powyższe odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie wobec oferty wykonawcy M.S. VMORIS Agency,
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie wobec oferty wykonawcy M.S. VMORIS Agency,
3. ewentualnie art. 18 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie w odniesieniu do wyjaśnień złożonych na okoliczność wyjaśnienia ceny oferty,
4. art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchylający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z powyższych powodów odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ww. postępowaniu, dokonanej w dniu 29 kwietnia br.;
2. odrzucenie oferty wykonawcy M.S. VMORIS Agency na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p., jako tej, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do istotnej składowej,
3. odrzucenie oferty wykonawcy M.S. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. jako tej, która została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji ,
4. dokonania ponownego badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu,
5. dokonaniu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
6. ewentualnie nakazanie zamawiającemu uchylenie tajemnicy przedsiębiorstwa i upublicznienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę M.S. VMORIS Agency na okoliczność wyjaśnienia ceny oferty,
7. zasądzenia na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według norm określonych w stosownych przepisach.

Odwołujący podniósł, że jest uprawniony do złożenia odwołania na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Wskazał, że posiada interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz że ponosi szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy P.z.p. Interes odwołującego w złożeniu odwołania wynika z faktu, iż jest on podmiotem, który jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a na skutek niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. czynności podejmowanych przez zamawiającego, oferta odwołującego nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W konsekwencji odwołujący poniósł szkodę, gdyż nie ma możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku wynikającego z realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że w przypadku gdyby zamawiający dokonał badania i oceny ofert, w sposób zgodny z ustawą P.z.p. oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami i specyfikacją warunków zamówienia, wówczas oferta odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył zatem w sposób oczywisty zarówno przepisy ustawy P.z.p., jak również sformułowane przez siebie w specyfikacji warunków zamówienia, wymagania w stosunku do wykonawców ubiegających się o zamówienie, w konsekwencji czego interes odwołującego w pozyskaniu zamówienia publicznego doznał uszczerbku. Jednocześnie zamawiający naraził odwołującego na powstanie szkody. Powyższe stanowi wystarczające uzasadnienie i przesłankę do złożenia przez odwołującego odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 maja 2024 roku zamawiający oświadczył, że odwołanie w części, w odniesieniu do zarzutu zaniechania uchylenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę VMORIS Agency na okoliczność wyjaśnienia ceny oferty. Tym samym zamawiający odstąpił:

1. częściowo - wyjaśnienia treści oferty dotyczące zaproponowanych przez wykonawcę cen - z zastrzeżeniem, że utrzymuje w tajemnicy dowody (załączniki) złożone wraz z ww. pismem, dotyczące wycen wyjaśnianych elementów i warunków współpracy wykonawcy z tymi podmiotami oraz nazwę własną kontrahenta wykonawcy w zakresie wynajmu sal konferencyjnych, znajdującą się w nazwie załączników do ww. wyjaśnień,
2. częściowo - wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - z zastrzeżeniem, że utrzymuje w tajemnicy dowody (załączniki) złożone wraz z pismem dotyczącym wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przez Wykonawcę VMORIS, które dotyczą nazw i osób podmiotów współpracujących z wykonawcą, ich ofert wykonanych dla wykonawcy wraz z proponowanymi wykonawcy rabatami i warunkami wykonania zamówienia; korespondencję mailową wykonawcy dotyczącą negocjacji cen i warunków współpracy oraz nazwy własne i linki internetowe rozwiązań własnych wykonawcy użyte w ww. piśmie.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca: M.S., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą M.S. VMORIS Agency (dalej: przystępujący). Przystępujący w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2024 roku wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutu naruszenia art. 18 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie w odniesieniu do wyjaśnień złożonych na okoliczność wyjaśnienia ceny oferty.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2024 roku odwołujący cofnął zarzuty:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm. – ustawa P.z.p.) poprzez jego niezastosowanie wobec oferty wykonawcy M.S.,
- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie wobec oferty wykonawcy M.S.

i podtrzymał odwołanie w pozostałym zakresie.

Uzasadniając zarzut ewentualny naruszenia art. 18 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie w odniesieniu do wyjaśnień złożonych na okoliczność wyjaśnienia ceny oferty odwołujący wskazał, co następuje:

Uzasadniając zarzut ewentualny dotyczący zaniechania uchylenia przez zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty, a także elementów ocenianych w kryteriach cenowych opisanych w SWZ 13.5 i 13.6., w opinii odwołującego, przedłożone uzasadnienia nie powinny zasługiwać na uznanie zamawiającego.

W treści uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca M.S. VMORIS Agency posługuje się ogólnikowymi stwierdzeniami. W znacznej treści przedmiotowego uzasadnienia wykonawca wyjaśnia co oznaczają terminu zaczerpnięte z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie odnosząc jednak tych okoliczności do informacji zawartych w przedmiotowych wyjaśnieniach, ani nie wskazując w jaki sposób uchylenie tajemnicy przedsiębiorstwa wpływa na sytuację wykonawcy.

Co prawda wskazuje on, iż „Załączone dokumenty zawierają informacje handlowe i cenotwórcze tj. mające istotną wartość gospodarczą, a także informacje dotyczące organizacji przedsiębiorstwa, tj. mają istotną wartość w budowaniu kosztowej przewagi konkurencyjnej wobec innych uczestników rynku. Dane te stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość dla Wykonawcy – szeroki zakres zasobów wskazanych w załączniku do niniejszego pisma, wynagrodzenia pracowników

obowiązujące w firmie wykonawcy, zakres zasobów własnych jako potencjał techniczny i technologiczny”, niemniej jednak próżno szukać jakichkolwiek konkretnych stwierdzeń, które uzasadniałyby konieczność zastrzeżenia tych informacji.

Należy w tym miejscu wskazać stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 26 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 902/21). Otóż odnosząc się kwestii uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba zwróciła uwagę, iż z treści tego zastrzeżenia winno przede wszystkim wybrzmieć, w jaki sposób działanie zamawiającego polegające na uchyleniu tajemnicy przedsiębiorstwa będzie wpływało na możliwość wykorzystania tej informacji w przyszłości w kolejnych postępowaniach, a nie w tym konkretnym, w którym ujawnienie zastrzeżonych informacji nie wpłynie w żaden sposób na sytuację wykonawcy.

Dodatkowo koniecznym jest wskazanie stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonego w wyroku z 18 listopada 2022 r., w sprawie o sygn. akt ETS C-52/21. Trybunał zważył, iż szerokie rozumienie uzasadnionych interesów handlowych wykonawcy wiąże się z szerokimi obowiązkami zamawiającego. Zasada dobrej administracji i zasada sumienności – wielokrotnie przywoływane przez Trybunał – zobowiązują zamawiającego do rzetelnego badania zastrzeżonych informacji. To oznacza, że zamawiający nie może wyłącznie polegać na oświadczeniu wykonawcy, a następnie czekać na weryfikację rzetelności tego oświadczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, jeżeli konkurencja wnosić będzie zastrzeżenia do zakresu informacji utrzymanych jako poufne. Trybunał nakazał bowiem zamawiającym:

- 1) dokonanie oceny co jest „zasadniczą treścią” zastrzeżonych informacji, a następnie
- 2) sporządzenia streszczenia tych „zasadniczych treści”, celem ich ujawnienia konkurencyjnym wykonawcom.

Zamawiający w żaden sposób nie starał się nawet uczynić zadość powyższemu.

Co więcej jak wykazano uprzednio w treści odwołania i w załączonych do niniejszego odwołania tabelach, oferta wykonawcy M.S. VMORIS Agency, tylko pozornie jest ofertą najkorzystniejszą. Po dokładnej analizie wnioski są całkowicie odmienne, zwłaszcza, że część utajnionych wyjaśnień dotyczy nie tylko cen rażąco niskich, ale zawyżania przez tego wykonawcę cen. Z tego też powodu nie sposób uznać za wiarygodne, iż zastrzeżone informacje przekładają się w jakikolwiek sposób na sytuację konkurencyjną ww. wykonawcy.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość zamówienia wynosi 4 905 073,50 zł netto, co stanowi równowartość 1 101 372,73 euro (dowód: protokół postępowania).

Zgodnie pkt. 13.1 SWZ „Zamawiający dokona oceny ofert, które nie zostały odrzucone, na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych poniżej”:

1. Cena 60%
2. Dodatkowe doświadczenie koordynatora wydarzeń 10%
3. Propozycja sposobu przeprowadzenia rejestracji uczestników 10%
4. Koncepcja realizacji wydarzenia i aranżacja sali konferencyjnej 20%

Zgodnie z pkt. 13.5 SWZ Punkty w kryterium „Propozycja sposobu przeprowadzenia rejestracji uczestników” zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 10 punktów, na podstawie dokumentu „Opis propozycji sposobu przeprowadzenia rejestracji uczestników...”, sporządzonego zgodnie z pkt 8.11.9 SWZ.

Zgodnie pkt. 13.6 SWZ Punkty w kryterium „Koncepcja realizacji wydarzenia i aranżacja Sali konferencyjnej” zostaną przyznane na podstawie dokumentu „Koncepcja realizacji wydarzenia i aranżacja sali konferencyjnej” sporządzonego zgodnie z pkt 8.11.10 SWZ (dowód: SWZ).

W postępowaniu wpłynęło 8 ofert:

- 1) Althermedia Sp. z o.o. sp. k. w Warszawie,
- 2) wykonawcy występujący wspólnie: S.K. e-xon, P.I. e-xon
- 3) KDK Sp. z o.o. w Warszawie
- 4) Premium Outdoor Sp. z o.o. w Lublinie
- 5) J.G. Fordewind

6) Sun & More Sp. z o.o w Szczecinie

7) IMKS Sp. z o.o. sp. k. w Warszawie

8) M.S. VMORIS Agency.

Przystępujący wraz z ofertą złożył pismo z dnia 6 marca 2024 roku, w którym zastrzegł treść oferty, wskazaną w pkt. 13.5. i 13.6 SWZ. Przystępujący wskazał, co następuje:

W imieniu VMORIS AGENCY niniejszym zastrzegam, że w całości informacje zawarte w plikach pod nazwą Propozycja sposobu przeprowadzenia rejestracji uczestników i Koncepcja realizacji wydarzenia i aranżacja sali konferencyjnej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie może być udostępniany innym podmiotom. Poniżej, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.) czynimy zadość, wymaganiu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu tych przepisów. Zdefiniowane w art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010, ze zm.), pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa” obejmuje informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje: a) posiadające wartość gospodarczą, b) 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, c) o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Wykonawca wskazuje, że informacje zawarte w zastrzegającym przez niego dokumencie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ spełnia łącznie trzy przesłanki wynikające z ww. przepisu. Biorąc pod uwagę poziom skomplikowania przedmiotu postępowania oraz złożoność oferty należy stwierdzić, iż powstała w wyniku kilkutgodniowych prac powołanego do tego celu zespołu projektowego przedmiotowa propozycja jest unikalna i stanowi własność intelektualną Wykonawcy. Propozycja sposobu przeprowadzenia rejestracji uczestników i Koncepcja realizacji wydarzenia i aranżacja sali konferencyjnej powstały jako unikalne połączenie kompetencji w zakresie projektowania i budowania wydarzeń konferencyjnych oraz doświadczeń wyniesionych z prac nad wieloma projektami eventowymi wraz z szeregiem kompleksowych i twórczych usług. Powstałe w ten sposób projekty są istotną wartością gospodarczą dla wykonawcy. Jeżeli informacje dotyczące zawartych w projektach pomysłów kreatywnych i rozwiązań technicznych przedostałyby się do wiadomości publicznej, a w szczególności podmiotów stanowiących bezpośrednią konkurencję wykonawcy, także w kolejnych planowanych przez różnych Zamawiających postępowaniach na organizację wydarzeń i mogłoby w rezultacie spowodować skopiowanie pomysłów i rozwiązań, a co za tym idzie zmniejszyć wartość gospodarczą przyszłych ofert Wykonawcy. Przekazanie konkurentom poszczególnych bądź wszystkich informacji zawartych w projektach mogłoby w ewidentny sposób pogorszyć sytuację konkurencyjną Wykonawcy i utrudnić konkurowanie w kolejnych postępowaniach. Informacje zawarte w projektach mają zatem charakter poufny. Projekty nie zostały i nie zostaną podane w żaden sposób do publicznej wiadomości. Projekty nie są dostępne w takiej treści i formie w żadnym innym miejscu ani nie były dotychczas udostępniane czy proponowane jako część lub całość oferty składanej przez Wykonawcę w kraju czy zagranicą. Wykonawca nie przekazał przedmiotowych informacji osobom trzecim i podjął niezbędne działania oraz środki o charakterze fizycznym i prawnym w celu zachowania ich poufności. Informacje te są przechowywane przez Wykonawcę z zabezpieczeniem stosownych środków. Jedynie członkowie zespołu projektowego upoważnieni do tego przez właściciela mają wgląd do zawartych w projektach informacji. Ponadto, osoby te zostały poinformowane przez właściciela o poufności tych informacji i zobowiązane do zachowania ich poufności. W konsekwencji należy uznać, że Wykonawca kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tych informacji. Wykonawca nie dopuszcza do sytuacji w której wgląd do tych informacji przysługiwałby osobom nieuprawnionym. W związku z powyższym wnoszę o nieujawnianie ww. informacji osobom postronnym i innym podmiotom.

W dniu 29 marca 2024 roku odwołujący wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny (dowód: pismo i potwierdzenie wysłania z dnia 29 marca 2024 roku).

W dniu 4 kwietnia 2024 roku przystępujący złożył wyjaśnienia dotyczące ceny oferty. Przystępujący zastrzegł treść złożonych wyjaśnień oraz załączników do nich jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uzasadniając dokonane zastrzeżenie przystępujący wskazał, co następuje:

Działając na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129r. z późn. zm.), informuję, iż odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty jak również wyjaśnień treści oferty w zakresie wysokości cen jednostkowych brutto i sum cen jednostkowych brutto, stanowi w całości tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie może być udostępniana w części ani w całości.

Zastrzeżone w ww wyjaśnieniach informacje należy brać pod uwagę jako jedną integralną całość składającą się na treść dokumentu. Nie mogą one być wyrywkowo wyciągane z kontekstu, ponieważ w takim przypadku mogłoby pośrednio dojść do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje, zarówno we fragmentach, jak również jako całość nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zamawiający musi mieć na uwadze, że ujawnienie pojedynczych informacji niweczy tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r., poz. 1010, z późn. zm.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z legalnej definicji terminu „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartej w art. 11 ust. 2 ww ustawy wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy (posiada wartość gospodarczą) przedsiębiorstwa,
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) a także podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł, wzorów i metod działania lub funkcjonowania przedsiębiorstwa.

Z kolei informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacjami organizacyjnymi są natomiast dane używane w bieżącej działalności przedsiębiorstwa, takie np. jak struktura organizacyjna, procedury organizacyjne, procedury zdalnego dostępu, numery telefonów wewnętrznych, kody księgowe, systemy przetwarzania informacji, instrukcje i procedury bezpieczeństwa. Ze względu na indywidualny charakter informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest możliwe ich wyczerpujące wyliczenie.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa).

Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. (por. np. orzeczenie Sądu Najwyższego z 6 czerwca 2003, sygn. akt IV CKN 211/01; orzeczenie Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r., sygn. akt CKN 304/00a także orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001r., sygn. akt I CKN 1159/00).

Art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, istnienie zasięgu stanu tajemnicy, uzależnia od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te, jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym wpływem danych. Wybór informacji mających zostać objętych poufnością należy oczywiście do przedsiębiorcy. Jednakże wybór ten, co do zakresu stanu tajemnicy, nie może być oderwany od możliwości podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania w poufności wybranych informacji (por. wyrok Sądu Najwyższego 05 września 2001 r., sygn. akt I CKN 1159/00).

Odnosnie warunku trzeciego, należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji, ma doprowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Odnosząc się szczegółowo do zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji stanowiących treść niniejszego pisma, należy wyjaśnić zastrzeżenie tajemnicy w sposób następujący.

Załączone dokumenty stanowią zawierają informacje handlowe i cenotwórcze tj. mające istotną wartość gospodarczą, a

także informacje dotyczące organizacji przedsiębiorstwa, tj. mają istotną wartość w budowaniu kosztowej przewagi konkurencyjnej wobec innych uczestników rynku. Dane te stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość dla Wykonawcy – szeroki zakres zasobów wskazanych w załączniku do niniejszego pisma, wynagrodzenia pracowników obowiązujące w firmie wykonawcy, zakres zasobów własnych jako potencjał techniczny i technologiczny.

Reasumując, wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji przejawia się w tym, iż wykonawca był w stanie zaoferować zamawiającemu taką, a nie inną cenę za realizację zamówienia. A w sytuacji gdy wykonawcy którzy złożyli korzystniejsze cenowo oferty w określonych pozycjach cenowych nie udowodnią zamawiającemu, iż zaproponowana przez nich cena oferty jest adekwatna do przedmiotu i zakresu zamówienia – przewaga konkurencyjna uzyskana w oparciu o zastrzeżone informacje pozwala skutecznie ubiegać się o uzyskanie zamówienia.

Niezależnie od powyższego zastrzeżone informacje mają również niewątpliwy wymiar finansowy. W przypadku gdy wykonawca uzyska przedmiotowe zamówienie, ich wartość wyraża marżę jaką wykonawca zrealizuje, wykonując na rzecz zamawiającego przedmiot zamówienia. W innym wypadku wartość tych informacji wyznacza różnica pomiędzy ceną oferty wykonawcy a ceną pozostałych ofert sklasyfikowanych niżej w ramach cenowego kryterium oceny ofert.

Zastrzeżone zostały informacje dotyczące sposobu organizacji realizacji zamówienia.

Z treści przedmiotowych wyjaśnień jednoznacznie wynika w jaki sposób przedsiębiorca buduje swoją przewagę konkurencyjną, co w optyce wykonawcy, stanowi o dalszym istnieniu przedsiębiorstwa w kontekście permanentnie zmniejszającego się rynku na którym działa przedsiębiorca.

Informacje zastrzeżone zostały poprawnie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Spełnione zostały bowiem wszystkie warunki prawidłowości zastrzeżenia.

Informacje zawarte w zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumencie nie są jako całość ujawnione do wiadomości publicznej. Są to informacje jako całość nieznane ogółowi.

Takie informacje wyczerpują pojęcie „tajemnicy”, ponieważ Wykonawca ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Żaden inny przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o ich treści zwykłą drogą. Na temat tych informacji, jako całości wie pewne ograniczone koło osób zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby zobowiązane do zachowania poufności.

Utajnione informacje nie są ujawnione do wiadomości publicznej i w stosunku do nich podjęliśmy niezbędne działania w celu zachowania poufności. Każdorazowo, wykonawca udzielając analogicznych w swoim brzmieniu wyjaśnień, skutecznie zastrzegał je jako tajemnice przedsiębiorstwa. Tak więc żaden inny wykonawca, postępując legalnie, np. w trybie dostępu do informacji publicznej, czy protokołu z postępowania, nie uzyska tych informacji. Wobec czego wykonawca podjął wszelkie dostępne środki aby zapewnić poufność zastrzeganych informacji, tym samym zapewniając brak ich dostępności tzw. ogółowi.

Wszystkie przekazane jako wyjaśnienie informacje a także informacje stanowiące uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte w niniejszym piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz spełniają kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00), a także ugruntowaną linią orzecniczą w tym zakresie.

Niemniej jednak z ostrożności procesowej, w sytuacji gdy zamawiający podejmie decyzję o odtajnieniu informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zwraca się z uprzejmą prośbą o to, aby zamawiający powiadomił go o tym fakcie, w taki sposób, aby umożliwić wykonawcy skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 513 ustawy Prawo zamówień publicznych (dowód: pismo z dnia 4 kwietnia 2024 roku).

Pismem z dnia 29 kwietnia 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej (dowód: pismo z 29 kwietnia 2024 roku).

Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy P.z.p. w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm. – ustawa P.z.p.) poprzez jego niezastosowanie wobec oferty wykonawcy M.S.,

- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie wobec oferty wykonawcy M.S..

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby wskazane wyżej przesłanki zostały spełnione. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 czerwca 2018 roku (sygn. akt: KIO 1187/18): *Jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest wynikająca z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zasada jawności postępowania, z tym, że zgodnie z art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W niniejszym postępowaniu Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia z dnia 22 maja 2018 r., będące odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 maja 2018 r., skierowane do Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą, a więc podstawą do podjęcia tej decyzji była m.in. analiza wyjaśnień Przystępującego. Skoro Zamawiający biorąc pod uwagę wyjaśnienia Przystępującego uznał, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, to Odwołujący ma prawo zapoznać się z wyjaśnieniami (o ile nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) i następnie – w zależności od wyniku analizy wyjaśnień – podnosić zarzut rażąco niskiej ceny. Powyższe potwierdza interes Odwołującego we wniesieniu rozpatrywanego odwołania, w którym Odwołujący domaga się ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Przystępującego.*

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jako że w istocie nie spełnia on wymogów koniecznych do uznania, że został prawidłowo postawiony i – tym samym – nie wypełnia przesłanek zarzutu w procesowym rozumieniu tej instytucji. Izba wskazuje, że zarzut to zawarte w treści odwołania stwierdzenie, że z pewnych wskazanych powodów czynność bądź zaniechanie dokonania czynności przez zamawiającego powinno być uznane za nieprawidłowe. Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09/za stwierdził, iż *o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę*. Tymczasem, w rozpoznawanym przypadku, odwołujący przywołał numer jednostki redakcyjnej i treść przepisu, niemniej jednak faktu jego naruszenia nie poparł wskazaniem żadnych czynności bądź zaniechań zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż uzasadnienia pozostałych zarzutów odwołania (również tych, które zostały cofnięte), odwołujący w treści odwołania wyodrębniał w sposób, który pozwalał na ustalenie, jakie okoliczności faktyczne stanowią ich podstawę. W przypadku art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. odwołujący – poza jego wskazaniem w *petitum* odwołania – w treści odwołania ani nie wskazał konkretnych faktów na uzasadnienie jego naruszenia, ani też nawet nie nawiązał do faktów wskazanych jako uzasadnienie innych zarzutów. Izba podkreśla, że nie może domyślać się ani domniemywać intencji odwołującego co do treści podnoszonych przez niego zarzutów, a wadliwość postawienia zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. uniemożliwiała jego merytoryczne rozpoznanie.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 18 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie w odniesieniu do wyjaśnień złożonych na okoliczność wyjaśnienia ceny oferty.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p. postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl ust. 2 zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z ust. 3 zdanie pierwsze 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.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z powyższego wynika, że wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa, winien wykazać istnienie przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli wykazać, że:

- zastrzeżone informacje należą do zbioru wymienionego w przywołanym przepisie, tzn. są informacjami technicznymi bądź technologicznymi bądź organizacyjnymi przedsiębiorstwa bądź innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą,

- informacje te 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,

- uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy wykazać istnienie wszystkich trzech przesłanek łącznie. Wykazanie wyłącznie jednej lub dwóch z nich powoduje, że zastrzeżona informacja nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Oceny, czy informacja została skutecznie zastrzeżona, dokonuje zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcom natomiast przysługuje uprawnienie do zbadania prawidłowości dokonanej przez zamawiającego czynności, a w przypadku kwestionowania poprawności tej czynności – uprawnienie do wniesienia odwołania na tę czynność. Odwołujący jest uprawniony do poddania kontroli Krajowej Izby Odwoławczej wszystkich przesłanek, istnienie których jest konieczne dla skuteczności uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W rozpoznawanym przypadku odwołujący zakwestionował jedynie okoliczność, iż zastrzeżone przez przystępującego informacje posiadają wartość gospodarczą. Odwołujący przywołał fragment pisma z dnia 4 kwietnia 2024 roku, w którym przystępujący stwierdził, iż *Załączone dokumenty zawierają informacje handlowe i cenotwórcze tj. mające istotną wartość gospodarczą, a także informacje dotyczące organizacji przedsiębiorstwa, tj. mają istotną wartość w budowaniu kosztowej przewagi konkurencyjnej wobec innych uczestników rynku. Dane te stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość dla Wykonawcy – szeroki zakres zasobów wskazanych w załączniku do niniejszego pisma, wynagrodzenia pracowników obowiązujące w firmie wykonawcy, zakres zasobów własnych jako potencjał techniczny i technologiczny*. Odwołujący podniósł, iż *próżno szukać jakichkolwiek konkretnych stwierdzeń, które uzasadniałyby konieczność zastrzeżenia tych informacji*.

Odwołujący, zarzucając lakoniczność przywołanemu fragmentowi zastrzeżeń, sam podnosi jedynie „brak konkretnych stwierdzeń uzasadniających konieczność zastrzeżenia informacji”. Odwołujący nie precyzuje, jakiego rodzaju stwierdzenia byłyby bardziej adekwatne do skutecznego dokonania zastrzeżenia. Podkreślić należy, że to na odwołującym ciąży wykazanie zasadności zarzutu, które winno polegać – zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. – na wskazaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Okoliczności faktyczne uzasadniające odwołanie to fakty, które, w świetle właściwych przepisów prawa, stanowią przesłanki powstania i istnienia sytuacji uzasadniającej wniesienie odwołania. Należy je dokładnie opisać w odwołaniu. Sąd Okręgowy w Gliwicach w cytowanym już wyżej wyroku z 29 czerwca 2009 r. podkreślił, że jeśli strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej. Odwołujący zdaje się także pomijać dalszą treść wyjaśnień przystępującego, w którym wskazuje on, dlaczego zastrzeżone informacje mają dla niego wartość gospodarczą, tj.:

Reasumując, wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji przejawia się w tym, iż wykonawca był w stanie zaoferować zamawiającemu taką, a nie inną cenę za realizację zamówienia. A w sytuacji gdy wykonawcy którzy złożyli korzystniejsze cenowo oferty w określony pozycjach cenowych nie udowodnią zamawiającemu, iż zaproponowana przez nich cena oferty jest adekwatna do przedmiotu i zakresu zamówienia – przewaga konkurencyjna uzyskana w oparciu o zastrzeżone informacje pozwala skutecznie ubiegać się o uzyskanie zamówienia.

Niezależnie od powyższego zastrzeżone informacje mają również niewątpliwy wymiar finansowy. W przypadku gdy wykonawca uzyska przedmiotowe zamówienie, ich wartość wyraża marżę jaką wykonawca zrealizuje, wykonując na rzecz zamawiającego przedmiot zamówienia. W innym wypadku wartość tych informacji wyznacza różnica pomiędzy ceną oferty wykonawcy a ceną pozostałych ofert sklasyfikowanych niżej w ramach cenowego kryterium oceny ofert.

Zastrzeżone zostały informacje dotyczące sposobu organizacji realizacji zamówienia.

Z treści przedmiotowych wyjaśnień jednoznacznie wynika w jaki sposób przedsiębiorca buduje swoją przewagę

konkurencyjną, co w optyce wykonawcy, stanowi o dalszym istnieniu przedsiębiorstwa w kontekście permanentnie zmniejszającego się rynku na którym działa przedsiębiorca.

Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do wskazanej wyżej treści zastrzeżeń. Izba wskazuje, że w sytuacji, w której odwołujący kwestionuje zasadność oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego, winien on poddać analizie całość dokonanych zastrzeżeń, a nie wyłącznie jeden z jego akapitów. Zastrzeżenia wykonawcy stanowią bowiem całość i ich ocena winna odnosić się do całości, a nie do wyrywkowo wskazanego fragmentu.

Odwołujący nie podniósł również żadnego uzasadnienia w zakresie zastrzeżenia przez przystępującego informacji, o których mowa w pkt. 13.5 i 13.6. SWZ. Wskazać należy, że zastrzeżenie informacji, o których mowa w pkt. 13.5 i 13.6 SWZ zostało przez przystępującego dokonane w piśmie z dnia 6 marca 2024 roku, złożonym wraz z ofertą. Odwołujący nie odniósł się do treści złożonych zastrzeżeń i nie wykazał nieskuteczności dokonanego zastrzeżenia. Izba podkreśla, że samo zasygnalizowanie w treści odwołania, że zamawiający błędnie ocenił treść zastrzeżeń, bez jakiegokolwiek analizy złożonego w tym zakresie pisma, nie może skutkować uwzględnieniem odwołania w tym zakresie.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 902/21), z którego wynika, że *z treści tego zastrzeżenia (tajemnicy przedsiębiorstwa – przyp. wł.) winno przede wszystkim wybrzmiewać, w jaki sposób działanie zamawiającego polegające na uchyleniu tajemnicy przedsiębiorstwa będzie wpływało na możliwość wykorzystania tej informacji w przyszłości w kolejnych postępowaniach, a nie w tym konkretnym, w którym ujawnienie zastrzeżonych informacji nie wpłynie w żaden sposób na sytuację wykonawcy.* Odwołujący jednakże nie odnosi tego orzeczenia do przedmiotowego postępowania oraz do treści zastrzeżeń dokonanych przez przystępującego. Izba ponownie podkreśla, że to na odwołującym ciąży obowiązek wskazania okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zarzutu, czyli – w tym przypadku – wykazania, że złożone przez przystępującego zastrzeżenia nie zawierają wszystkich niezbędnych elementów. Przywołanie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej nie może zastąpić wskazania podstawy faktycznej zarzutu.

Jeśli chodzi natomiast o przywołany przez odwołującego wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 18 listopada 2022 r., w sprawie o sygn. akt ETS C-52/21, Izba wskazuje, że cytowany przez odwołującego fragment uzasadnienia orzeczenia został przez odwołującego wyrwany z szerszego kontekstu zawierającego szeroki wywód Trybunału na temat możliwości zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w prawodawstwie Państw Członkowskich. W ocenie Izby podnoszona przez odwołującego konieczność ujawnienia wykonawcy informacji dotyczących treści oferty jego konkurenta oraz – ewentualnie – dokonania ich streszczenia dotyczy tych informacji, które mają zasadnicze znaczenie dla czynności podejmowanych w postępowaniu, w tym czynności wyboru oferty. Wydaje się, że ustawa P.z.p. nakazując zamawiającemu informowanie uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o dokonanych czynnościach wraz ze wskazaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego (np. w art. 253 ust. 1) czyni zadość wytycznym wskazany w przywołanym orzeczeniu.

Izba podkreśla, że odwołujący w treści odwołania nie podniósł nieskuteczności zastrzeżenia przez przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na niewykazanie pozostałych przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. okoliczności, iż zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób oraz że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Orzekanie co do tych okoliczności, stosownie do art. 555 ustawy P.z.p. było zatem niedopuszczalne, pomimo podniesienia przez odwołującego na rozprawie w dniu 28 maja 2024 roku argumentacji w tym zakresie.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego w obydwu sprawach orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 3 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).

Przewodniczący:.....