

WYROK

Warszawa, dnia 10 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2024 r. przez wykonawcę R.Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ROMA R.Z. w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Toruniu przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego - REMONDIS Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego braku udostępnienia Odwołującemu podmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę REMONDIS Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy,
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonymi przez REMONDIS Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy i udostępnienie ich Odwołującemu oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego:
 - 3.1. 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, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego z tytułu reprezentacji w kwocie 3600zł.
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy),

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:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Toruniu prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wywóz odpadów komunalnych z obozowiska poligonowego w Toruniu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 136355-2024, OJ S 47/2024 w dniu 6 marca 2024r.

W dniu 6 maja 2024 r. wykonawca R.Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ROMA R.Z. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 i art. 239 ust. 1 Pzp - polegające na prowadzeniu postępowania oraz dokonaniu przez

Zamawiającego wyboru oferty wykonawcy REMONDIS Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „REMONDIS lub „Przystępujący”) w sposób sprzeczny z regułami uczciwej konkurencji i zasadą przejrzystości, poprzez:

1) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie mogła zostać w sposób rzetelny i pełny zweryfikowana przez Odwołującego pod kątem:

a) spełniania przez REMONDIS warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia REMONDIS, wobe zaniechania udostępnienia Odwołującemu przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych złożonych przez REMONDIS;

b) zawierania przez tą ofertę rażąco niskiej ceny z uwagi na uznanie przez Zamawiającego za prawidłowe i skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dokonanego przez wykonawcę REMONDIS w odniesieniu do części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przedłożonych przez tego Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego oraz w odniesieniu do wszystkich załączonych do tych wyjaśnień dokumentów, pomimo iż nie było ku temu podstaw, albowiem:

- uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie zawiera wymaganych elementów ani argumentów, potwierdzających jego zasadność,
- nie przedłożono żadnych dowodów na poparcie zastrzeżenia, a tym samym zastrzeżenie należy uznać za nieuzasadnione (de facto- niedokonane),

• zastrzeżone informacje co najmniej częściowo nie mogą nawet teoretycznie stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, czy to z uwagi na ich charakter przedmiotowy, czy to z uwagi na fakt, iż dotyczą okoliczności jawnych z uwagi na przepisy dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (odwołują się do informacji bazujących na jawnej dokumentacji przetargowej);

2) zaniechanie udostępnienia Odwołującemu (z naruszeniem zasady jawności postępowania)

żądanych przez niego dokumentów postępowania w postaci pełnej treści wyjaśnień REMONDIS z dnia 18 kwietnia 2024r. w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty wraz z załącznikami oraz podmiotowych środków dowodowych złożonych przez tego wykonawcę, czym naruszono zasadę uczciwej konkurencji;

a w konsekwencji - wybór jako najkorzystniejszej oferty REMONDIS w sytuacji naruszenia jawności postępowania i zasad uczciwej konkurencji ewentualnie,

w przypadku nie podzielenia przez Izbę zarzutu jak w pkt. 1 powyżej lub uznania, że nie uzasadnia on uwzględnienia odwołania i unieważnienia zaskarżonych czynności, również:

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z ust. 1, ust. 2 pkt 1 i 4 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 i art. 239 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty REMONDIS z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, pomimo iż podlegała ona odrzuceniu z uwagi na okoliczność, iż zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, niższą o ponad 30% od średniej cen ofert złożonych w postępowaniu, którego to domniemania ww. wykonawca nie obalił i nie uzasadnił zaoferowanej ceny;

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie Odwołania oraz o:

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w całości na okoliczności wskazane w odwołaniu oraz z dokumentów załączonych do, na okoliczności podane w niniejszym odwołaniu lub w momencie ich przedłożenia;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, badania i oceny ofert,
- nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu podmiotowych środków dowodowych złożonych przez REMONDIS oraz wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty, złożonych przez REMONDIS w dniu 18 kwietnia 2024r. w całości, bez anonimizacji jakiegokolwiek ich części i wraz ze wszystkimi załącznikami;
- powtórzenia czynności badania ofert,

ewentualnie również:

- odrzucenia oferty REMONDIS jako zawierającej rażąco niską cenę

Uzasadniając zarzut dotyczący niezasadnego uznania skuteczności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnieniami Przystępującego dotyczącymi rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, przesłanki dopuszczalności ograniczenia zasady jawności postępowania wynikają z przepisu art. 18 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem dla skutecznego zastrzeżenia niejawności przedmiotowych dokumentów konieczne jest kumulatywnie spełnienie obu warunków złożenie zastrzeżenia oraz wykazanie, że zastrzeżenie obejmuje informacje, które rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przy czym musi nastąpić to równocześnie z przedłożeniem dokumentów.

Ponadto Odwołujący wyjaśnił, że aby uznać daną informację za „tajemnicę przedsiębiorstwa” w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) wymagane jest zatem łączne spełnienie trzech przesłanek, tj.:

1. informacja powinna być poufna, tj. niedostępna łatwo nawet dla osób z danej branży,
2. informacja posiada wartość gospodarczą oraz
3. informacja jest poddana odpowiednim (rozsądnym) działaniom w celu zachowania stanu poufności.

Podkreślił, że wszystkie powyższe należy zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa- wykazać. Przepis art. 18 ust. 3 Pzp stanowi bowiem nie - o obowiązku złożenia informacji zamawiającemu w tym zakresie w ogóle, ale o obowiązku wykazania że zastrzeżone dokumenty zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego, Przystępujący REMONDIS nie sprostął wymogom, stawianym wobec skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po pierwsze - zastrzeżenia dokonał en bloc, bez choćby próby wyłuskania z zastrzeganych treści i dokumentów informacji istotnie wartościowych. Nie tylko nie wyodrębnił ich, ale nawet nie podjął próby ich skonkretyzowania, co w opinii Odwołującego dyskwalifikuje dokonane zastrzeżenie jako nieskonkretyzowane a tym samym niezawierające wykazania faktycznej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

Po wtóre - zastrzegając kalkulację ceny ofertowej w zakresie katalogu uwzględnionych czynników cenotwórczych Przystępujący próbuje wyłączyć z domeny jawnej informacje, które nie posiadają przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem wynikają z dokumentów zamówienia. Weryfikacja, czy kalkulując cenę REMONDIS uwzględnił wszystkie elementy zamówienia wynikające z SWZ i załączników o niego stanowi podstawy element badania rażąco niskiej ceny i

musi być możliwa do zweryfikowania przez pozostałych wykonawców. Z dokumentów zamówienia wprost wynika, jaki czynniki cenotwórcze należało uwzględnić (np. koszty korzystania z pojazdów do odbioru odpadów, koszt rozstawienia pojemników, koszty ich mycia, wynagrodzenia pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, odbiory z określoną częstotliwością, rezerwa związana z brakiem gwarancji „pełnego” obłożenia poszczególnych odbiorów- odbiór tylko pojemników odpowiednio załadowanych etc.). Próba ich zastrzeżenia wskazuje na chęć ukrycia niedociągnięć w kalkulacji i nie może spotkać się z aprobatą.

Po trzecie - brak jest w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa argumentów, które wskazywałyby, że zastrzeżone informacje i załączniki do wyjaśnień, pochodzące od podmiotów trzecich (jak należy sądzić głównie oferty cenowe na zagospodarowanie odebranych odpadów) są także przez te podmioty traktowane jako tajemnica. Jeżeli nawet takie okoliczności wynikają z załączników - niepowołanie ich w uzasadnieniu zastrzeżenia uniemożliwia ich uwzględnienie.

Kolejno Odwołujący wskazał, że chociaż zastrzeżenie przez REMONDIS tajemnicy jest obszerne objętościowo, to jednak w warstwie treściowej odnoszącej się do realiów konkretnego postępowania i tego konkretnego wykonawcy-ubogie. Przysięgający cytuje liczne orzeczenia na tle instytucji z art. 18 ust. 3 Pzp, jednak nie odnosi ich w sposób skonkretyzowany tak do swojej sytuacji, jak i do niniejszego postępowania a już tym bardziej- do konkretnych wyszczególnionych dokumentów oraz zawartych w nich konkretnych informacji. REMONDIS wskazuje nadto na rzekomo konkretne okoliczności - jednak w istocie nawet ich nie uprawdopodobnia, o wykazaniu nie wspominając. Przykładowo twierdzi, że wartość gospodarcza zastrzeganych informacji, biorąc pod uwagę unikalny know-how wykonawcy, jak również ew. roszczenia z tytułu naruszenia zasad poufności z kontrahentami szacowana na ok. 150 mln zł. Nie daje jednak żadnych informacji, jak wyliczył tę kwotę, z naruszenia jakich umów miałyby wynikać, ani też oczywiście ich nie przedstawia. Podnosi, że

ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową Wykonawcy, umożliwiłoby potencjalnym konkurentom Wykonawcy postępowanie w sposób utrudniający lub nawet uniemożliwiający realizację celów prowadzonej działalności gospodarczej – nie dowiadujemy się jednak, które z informacji w razie ich ujawnienia i co konkretnie mogłyby utrudnić. Podkreśla, że uzyskane informacje, konkurenci mogliby wykorzystać w innych postępowaniach przetargowych, co także mogłoby mieć negatywny skutek dla samego Wykonawcy. Nie sposób jednak z uzasadnienia zastrzeżenia dowiedzieć

się, jak wykonawcy mieliby wykorzystać na szkodę REMONDIS takie dane, jak informacje nt. liczby i rodzaju pojazdów do odbioru odpadów, liczebności ich obsługi, względnie typów uwzględnianych kosztów- są to tymczasem jawne informacje techniczne, możliwe do łatwego ustalenia w oparciu o dane producentów, a zatem bezspornie – nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa REMONDIS.

Ponadto, według Odwołującego, o sztucznym kreowaniu potrzeby zastrzeżenia informacji i nieskonkretyzowanym, szampowym charakterze zastrzeżenia świadczy także to, że ewidentnie zawierają one fragmenty kopiowane z innych postępowań, nieodnoszące się do niniejszej sprawy. REMONDIS podnosi np., że (...) wiedza na temat sposobu organizowania logistyki odbioru odpadów (tras pokonywanych p pojazdy odbierające odpady, ich planowanej liczby czy sposobu organizowania ekip realizujących usługę) – która nie jest charakterystyczna tylko dla tego zamówienia, lecz również dla innych podobnych zamówień, w tym w szczególności w regionie dolnośląskim. Abstrahując już nawet od absurdu poglądu, jakoby logistyka tras odbioru nie była charakterystyczna dla konkretnego postępowania (jest ona w oczywisty sposób przypisana bezpośrednio do niego) czy też nie byłaby dostępna innym podmiotom (trasa z punktu A do punktu B, liczebność załogi pojazdu- są to informacje łatwo weryfikowalne), to niewątpliwie nie może uzasadniać zastrzeżenia tajemnicy w niniejszym postępowaniu fakt, jakoby miało ono wpływać na konkurencyjność wykonawcy w regionie dolnośląskim (w którym nota bene wykonawca nie działa, albowiem funkcjonuje tam inna spółka z grupy REMONDIS).

Ponadto Odwołujący podkreślił, że REMONDIS nie podjął także próby wskazania, jakiego rodzaju starania podjął w celu zachowania tych informacji w tajemnicy, a tym bardziej- nie udowodnił ich podjęcia. Nie wykazał, że również jego kontrahenci (od których pochodzą załączone do wyjaśnień oferty czy faktury) traktują sporne informacje jako poufne. Nie konkretyzuje, jakie działania wymierzone na zachowanie poufności podjął, nie przywołuje dowodów, które potwierdzałyby ich skuteczność. Również REMONDIS podnosi co prawda, że zastrzegane informacje są bardzo szczególnie chronione przez Wykonawcę, jednak nie wskazuje, w jaki sposób ani nie udowadnia, aby faktycznie tak było. Podkreśla, że nie ujawnia do publicznej wiadomości (np. za pośrednictwem strony internetowej, mediów, pracowników, itp.) informacji objętych tajemnicą, a informacje o kosztach ponoszonych przez Wykonawcę w związku z realizacją zamówienia oraz założeń dotyczących logistyki odbioru odpadów są sklasyfikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, co jego zdaniem oznacza, że Wykonawca podjął działania zmierzające do zapewnienia poufności przedmiotowych informacji- ponownie jednak nie oferuje dowodów na tę okoliczność. Powołuje się na fakt, iż złożone wyjaśnienia (w tym informacje o kosztach wykonania zamówienia oraz założeniach dotyczących logistyki

odbioru odpadów) nie są dostępne w zasobach internetowych dla wszystkich pracowników sieci Intranet – są dostępne jedynie dla pracowników odpowiedzialnych za ich przygotowanie. Także i na tę okoliczność dowodów nie przedstawia.

W konsekwencji, w opinii Odwołującego, nieujawnienie w/w informacji stanowi naruszenie przepisów postępowania i czyni zastrzeżenie bezskutecznym, a zaniechanie odtajnienia- uzasadniającym uwzględnienie odwołania i unieważnienie zaskarżonych czynności, z wyborem oferty najkorzystniejszej włącznie.

Uzasadniając zarzut ewentualny, tj. dotycząco rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, Odwołujący wskazał, że oferta REMONDIS podlegała odrzuceniu, albowiem wykonawca ten nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, wynikającego z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp i nie uzasadnił zastosowanej ceny ofertowej. Zauważył, że co prawda wobec nieujawnienia w pełnym zakresie treści wyjaśnień REMONDIS Odwołujący jest skazany na teoretyzowanie co do niektórych z elementów tych wyjaśnień, jednak już treść dokumentów jawnych (oferta, ujawniona treść wyjaśnień) uzasadnia wniosek, iż nie mogły one przynieść wyjaśnienia nierealnej i nierynkowej ceny ofertowej w sposób, który obalałby przedmiotowe domniemanie. W szczególności nie jest możliwe, że w zaoferowanej cenie Wykonawca zdołał uwzględnić wszystkie istotne składniki cenotwórcze, w tym cały zakres zamówienia zgodnie z jego opisem i załącznikami do SWZ a tym samym nie jest możliwe, by wykonał w tej cenie zamówienie w sposób należyty, zgodny z dokumentami zamówienia.

Zauważył, że Zamawiającemu z urzędu (wobec treści ofert złożonych w innym prowadzonym przez niego postępowaniu znak U/38/12WOG/2023) wiadome było, iż REMONDIS w podobnych postępowaniach oferował znacznie wyższe stawki za odbiór odpadów. W tamtym postępowaniu zaoferował cenę 3.288.435,94 w zamian za wywóz odpadów niesegregowanych – w ilości 9125,432 i odpadów segregowanych – w ilości 5087,909, a więc cenę ok. 230 zł /m3 odpadów (ok 2x wyższą, niż w niniejszym postępowaniu). Już samo to powinno wzbudzić u Zamawiającego uzasadnione wątpliwości co do zdolności REMONDIS do wykonania zamówienia w oferowanej cenie. Podobne albo wyższe (sięgające nawet 2300 zł za odbiór 1 kontenera o poj. 5m3) oferował także w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Cennik usług tego Wykonawcy w zakresie odbioru odpadów oferowany jego klientom także wskazuje na stosowanie znacznie wyższych cen rozliczeniowych (923 zł netto za odbiór odpadów z kontenera 5m3).

Dowód: oferty i cenniki REMONDIS, OPZ w postępowaniu U/38/12WOG/2023

Ponadto wskazał, że REMONDIS, w przeciwieństwie do pozostałych oferentów, nie posiada bazy logistycznej na terenie realizacji zamówieni (Toruń) a w Bydgoszczy (ok 40-50 km od miejsca odbioru odpadów), co istotnie zwiększa koszty logistyczne realizacji zamówienia. W przeciwieństwie do Odwołującego nie posiada na terenie realizacji zamówienia rozstawionych pojemników i zmuszony będzie ponieść koszty ich rozstawienia. W tych realiach, uwzględniając, że cena oferty powinna uwzględniać co najmniej: koszty korzystania z pojazdów do odbioru odpadów (w tym ich ubezpieczenia, podatków transportowych itp.), koszty pracownicze osób zatrudnionych na umowę o pracę (w tym podatki, składki na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne oraz inne obciążenia pozapłacowe, koszty mycia pojazdów, koszty monitoringu GPS) - przy czym REMONDIS nie oferuje zatrudnienia za minimalnym wynagrodzeniem za pracę lecz za znacząco wyższym, koszty rozstawienia i korzystania z kontenerów (nawet, jeżeli nie musi ich nabywać, powinien kalkulować koszty korzystania z nich jako elementu swojego majątku, koszty ich mycia), odpowiednią część kosztów ogólnych i zakładowych (np. bazy logistycznej, administracji itp., które w tak dużym podmiocie są istotnie wyższe, niż w przypadku jednoosobowej działalności gospodarczej jak u pozostałych oferentów), koszty paliwa, rezerwę na wynagrodzenia za pracę w nadgodzinach lub porze nocnej, z uwagi na ryzyko odbioru odpadów w ramach odbiorów interwencyjnych (oferowany czas reakcji- 2 h od wezwania) czy wreszcie (najistotniejszy składnik cenotwórczy) koszt zagospodarowania odpadów- zaoferowane warunki cenowe są niemożliwe do uzyskania z zyskiem dla REMONDIS.

Zamawiający oraz Przystępujący w złożonych pismach procesowych wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie

i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę REMONDIS Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba w związku z wycofaniem zarzutu dotyczącego braku udostępnienia przez Zamawiającego Odwołującemu podmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę REMONDIS Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy odwołania umorzyła na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

Izba zważyła:

Podkreślić należy, że jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 Pzp: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.”. Zgodnie natomiast z art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.” Jak wynika z art. 11 ust. 2 uznk na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolę Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że sformułowanie użyte w art. 11 ust. 2 uznk, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że ustawodawca w art. 11 ust. 4 uznk, przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (...). Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Przypomnieć należy, że w niniejszym postępowaniu Przystępujący REMONDIS zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami w tym między umowy o pracę, dowody rejestracyjne pojazdów oraz fakturę VAT za paliwo.

Oceniając więc możliwość zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa wskazać należy, że Izba w całości podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3762/21, gdzie Izba wskazała, że: *„Poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Mając na względzie, że cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Nie sprzyja to bowiem transparentności postępowania ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”.*

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę, że wyjaśnienia REMONDIS dot. wartości gospodarczej kalkulacji szczegółowej zawartej w kosztorysie wraz z założeniami, zostały sformułowane w oparciu o ogólne stwierdzenia dotyczące charakteru informacji obejmowanych kalkulacjami cenowymi oraz niesprecyzowanych ryzyk wynikających z ich ujawnienia. Tak skonstruowane przez Przystępującego wyjaśnienia mogłyby zatem stanowić ewentualnie o możliwości zastrzeżenia wyjaśnień zawierających sposób kalkulacji ceny oraz załączników w pewnych warunkach i zakresie, przy czym w żaden sposób nie uzasadniają podstaw do stwierdzenia, iż takie wyjątkowe warunki, uzasadniające odstępianie od zasady jawności postępowania, zaszyły wobec całości informacji zawartych w kalkulacji cenowej oraz załączonych do wyjaśnień dokumentów przekazanych przez Przystępującego. Podkreślić należy, że konieczność wykazania wyjątkowości zastrzeganych informacji ma natomiast szczególne znaczenie w przypadku wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które mają kluczowe znaczenie dla wyboru oferty jako najkorzystniejszej i jako takie stanowią przedmiot weryfikacji prawidłowości zaoferowanej ceny. Wykonawca składający ofertę w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów Pzp winien więc mieć świadomość, że w przypadku, gdy zaoferowana przez niego cena będzie budzić wątpliwość Zamawiającego (bądź zajądą przesłanki obligujące do żądania wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 Pzp), to wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień potwierdzających w jaki sposób obliczył cenę. Jak wskazała słusznie zatem KIO w wyroku z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. KIO 108/15: *„Nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny – kalkulacji na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”.*

Uwzględniając powyższe rozważania, wskazać należy, że Przystępujący REMONDIS wskazywał, iż *zastrzegane informacje stanowią wynik długoletniej działalności Wykonawcy na rynku odpadowym, która emanuje na sposób zorganizowania prowadzonej działalności, sposób ukształtowania realizacji usług na wskazanym obszarze rynku, przyjętych i wdrożonych założeń biznesowych, ustaleń logistycznych, przyjętych przestrzeni przewag konkurencyjnych oraz zbieżnych rodzajowo elementów gospodarczych, w tym organizacyjnych. Wskazane aspekty składają się na know-how Wykonawcy, które oznacza m.in. doświadczenia o charakterze technicznym i techniczno- organizacyjnym oraz doświadczenia o charakterze finansowym i handlowym przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, które nie są związane z cyklem produkcyjnym. Dokument zawiera wyniki know-how m.in. w zakresie metod i środków zarządzania umową, unikalne doświadczenie Wykonawcy w zakresie zarządzania umową.* Izba wskazuje po pierwsze, że ujawnienie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za wywóz odpadów w konkretnym postępowaniu nie może być automatycznie utożsamiane z ujawnieniem polityki cenowej wykonawcy, która może być wykorzystywana w innych postępowaniach przetargowych, tym bardziej, że cena ta jak zostało wykazane przez Odwołującego znacznie się różni w różnych postępowaniach. Przystępujący w żaden sposób nie wskazał jakie czynniki krótkoterminowe lub długoterminowe składają się na ową politykę cenową i w jaki sposób zostały one ujęte w wycenie przedmiotu zamówienia, nie wyjaśnił również w jaki sposób jej ujawnienie w postępowaniu może spowodować utratę pozycji rynkowej wykonawcy poza gołosłownym wskazaniem, że „*ujawnienie tych informacji w oczywisty sposób naraża Wykonawcę na szkodę polegającą na zmniejszeniu jego szans w pozyskaniu przyszłych zamówień publicznych, przez poznanie metod optymalizacji pracy, w tym optymalizacji kosztowych stosowanych przez Wykonawcę w trakcie składania ofert*”. Nie wykazał wyjątkowego czy unikalnego charakteru stosowanej polityki cenowej, której ewentualne ujawnienie konkurencji mogłoby go narazić na szkodę. Izba nie zgodziła się również z Przystępującym w zakresie zaistnienia ryzyka wynikającego z powzięcia przez pozostałych wykonawców wiedzy o ściśle zindywidualizowanej metodyce obliczania ceny przez REMONDIS. Podnoszona bowiem przez REMONDIS możliwość ujawnienia wzorców zachowani Wykonawcy nie będzie w ocenie Izby skutkować automatycznym przeniesieniem tych rozwiązań do kalkulowania cen przez pozostałych Wykonawców, mając na uwadze, że konkretny sposób wyceny ceny oferty każdorazowo jest uzależniony od indywidualnych uwarunkowań konkretnego podmiotu. Podmioty przystępujące do postępowań dotyczących wywozu odpadów są natomiast profesjonalnymi uczestnikami obrotu gospodarczego i Wykonawca w żaden sposób nie wykazał dlaczego przedstawiona przez niego metodyka obliczania ceny mogłaby cechować się atrakcyjnością, prowadzącą do jej wykorzystania przez pozostałych uczestników. Izba wskazuje, że kalkulacja ceny ofertowej odbywa się zawsze na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem wymogów określonych w konkretnym SWZ. Przystępujący nie wykazał, zdaniem Izby, iż w treści wyjaśnień zawarta jest jakaś unikalna, uniwersalna metodyka wyceny kosztów realizacji zamówienia, która ujawniona jego konkurentom mogłaby być wykorzystana przez nich w innych postępowaniach. Przystępujący wskazywał jedynie ogólnie, że kalkulacja „*emanuje na sposób zorganizowania prowadzonej działalności, sposób ukształtowania realizacji usług na wskazanym obszarze rynku, przyjętych i wdrożonych założeń biznesowych, ustaleń logistycznych, przyjętych przestrzeni przewag konkurencyjnych oraz zbieżnych rodzajowo elementów gospodarczych, w tym organizacyjnych*”. Podkreślić jednak należy, że czynniki generujące koszty realizacji zamówienia wynikają z uwarunkowań wskazanych w SWZ w konkretnym postępowaniu. Analiza zaś treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wskazuje, że ryzyka i założenia na jakie Przystępujący powołuje się w treści wyjaśnień, które rzekomo, w przypadku ich ujawnienia wpłyną na „*zmniejszenie jego szans w pozyskaniu przyszłych zamówień publicznych, przez poznanie metod optymalizacji pracy*” są znane przedsiębiorcom prowadzącym działalność na rynku odpadowym objętym przedmiotem zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, że Przystępujący po raz kolejny nie wykazał w jaki konkretnie sposób ujawnienie owych indywidualnych założeń wyceny narazi go na utratę pozycji rynkowej, bowiem nie przedstawił on żadnej analizy pomiędzy założeniami wykonawcy a rzekomym ryzykiem straty pozycji rynkowej czy szkód finansowych. Co więcej, Przystępujący nie wykazał, iż założenia czy ryzyka mają obiektywną wartość gospodarczą i jako takie mogą być wykorzystane przez wykonawców konkurencyjnych.

Izba nie odnalazła żadnych „*innowacyjnych*” ryzyk, których ujawnianie narażałoby Przystępującego na utratę pozycji rynkowej czy określoną, identyfikowalną stratę ekonomiczną. Zresztą Przystępujący w żaden sposób nie wykazał związku pomiędzy odtajaniem wyjaśnień, a możliwością utraty pozycji rynkowej.

W opinii Izby nie mogą stanowić dowodu na wykazanie obiektywnej wartości gospodarczej lakoniczne twierdzenia Przystępującego, że „*wskazane aspekty składają się na know-how Wykonawcy, które oznacza m.in. doświadczenia o charakterze technicznym i techniczno- organizacyjnym oraz doświadczenia o charakterze finansowym i handlowym przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, które nie są związane z cyklem produkcyjnym*”. Twierdzeń i argumentów w tym zakresie Przystępujący w żaden sposób nie uzasadnił i nie wykazał, że sposób kalkulacji należy uznać za jego „*know-how*” posiadającą wartość gospodarczą. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej takie oświadczenia REMONDIS mają charakter ogólny i lakoniczny. Jeżeli już rzeczywiście, na zasadzie wyjątku, jakiś poziom zaoferowanych cen za

daną konkretną pozycję kalkulacji może być uznany za tak atrakcyjny, że przedstawia to jakąś wartość gospodarczą, to zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, w takiej sytuacji wykonawca powinien przede wszystkim opisać sytuację, a następnie poprzeć swój wywód przekonującym dowodem, tak aby tą wyjątkowość w stosunku do cen rynkowych można było ustalić.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, za błędne należy uznać przyjęcie REMONDIS, iż *nawet uznanie danej informacji za „jednorazową”* czy jednostkową, nie wykluczałoby możliwości uznania jej za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa i posiadającą wartość gospodarczą z punktu widzenia przedsiębiorcy (Wykonawcy).” Izba podkreśla, że z samego faktu uznania danej informacji za organizacyjną czy handlową należy przypisać jej wartość gospodarczą. Każdą informację można przyporządkować do określonej kategorii, jednakże ustawodawca w art. 11 ust. 2 uznk wskazał, iż należy wykazać, że informacja ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. Tajemnica przedsiębiorcy powinna być oceniana w sposób obiektywny, oderwany od woli danego przedsiębiorcy. W innym przypadku, tajemnicą przedsiębiorcy byłoby wszystko, co arbitralnie on za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli).

Ponadto, wykonawca powinien wykazać, że ujawnienie informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach spowoduje wymierną szkodę w przedsiębiorstwie. Takich jednak okoliczności Przystępujący nie wykazał. W ocenie Izby gołosłowne, nie poparte jakąkolwiek analizą oświadczenie, iż szkoda taka powstanie w wysokości 150 mln zł, jest niewystarczające i nie przekonujące. Zabrakło Izbie analizy, że ujawnienie kalkulacji ceny oferty i załączników rzeczywiście spowoduje stratę w takim rozmiarze. Ogólne stwierdzenia REMONDIS o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, czy o ryzyku narażenia na szkodę poprzez ich ujawnienie bez odniesienia się do konkretnych informacji zawartych w dokumentach, analizy ich wartości gospodarczej i uprawdopodobnienia szkody jaką może przynieść ich ujawnienie jest w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej niewystarczające.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej subiektywne twierdzenie wykonawcy niepoparte żadnymi obiektywnymi dowodami nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do uznania spełnienia przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Końcowo wskazać należy, że REMONDIS w żaden sposób nie wykazał, że podejmuje odpowiednie środki w celu zachowania tych informacji w tajemnicy. Wskazał jedynie lakonicznie, że *„zastrzegane informacje są bardzo szczególnie chronione przez Wykonawcę, gdyż są efektem wieloletnich starań Wykonawcy opartych na wypracowanym zaufaniu, które pozwalają prowadzić działalność gospodarczą z określonym, pozytywnym efektem”* oraz, że *„informacje o kosztach ponoszonych przez Wykonawcę w związku z realizacją zamówienia oraz założeń dotyczących logistyki odbioru odpadów są sklasyfikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa.”*

W konsekwencji z uwagi na brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk i nakazała Zamawiającemu odtajnienie całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez REMONDIS.

W związku z faktem, że zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny zgodnie z żądaniem zawartym w treści odwołania był zarzutem ewentualnym, postawionym na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego, tj. zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Izba zarzut ten pozostawiła bez rozpoznania. Podkreślić bowiem należy, że zarzut ten będzie mógł stać się ponownie przedmiotem odwołania w sytuacji, gdy Odwołujący, po zapoznaniu się z całością wyjaśnień REMONDIS, dojdzie do przekonania, że zarzut ten jest uzasadniony i wymaga rozpoznania przez Izbę. Zarzut ten nie będzie mógł zostać potraktowany jako podniesiony po terminie. Dopiero po zapoznaniu z wyjaśnieniami REMONDIS, Odwołujący będzie miał możliwość pełnego dokonania oceny prawidłowości decyzji Zamawiającego.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....