**Sygn. akt: KIO 1775/24**

**WYROK**

Warszawa, dnia 17 czerwca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2024 r. przez odwołującego Konsorcjum Biuro Klub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach Dolnych, przy Alei Fryderyka Chopina 55 (05-092 Łomianki Dolne) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Jednostki Administracji Państwowej w imieniu i na rzecz których działa Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie, przy ul. Powsińskiej 69/71 (02-903 Warszawa)
przy udziale wykonawcy Lyreco Polska spółka akcyjna z siedzibą w Sokołowie, przy ul. Sokołowskiej 33 (05-806 Komorów) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia: art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp (zarzut nr 1), naruszeniu art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm, w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp (częściowo zarzut nr 2);
2. w pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonymi przez wykonawcę Lyreco Polska spółka akcyjna z siedzibą w Sokołowie i udostępnienie ich odwołującemu oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert;
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Lyreco Polska spółka akcyjna z siedzibą w Sokołowie i:
   3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   3.2. zasądza od wykonawcy Lyreco Polska spółka akcyjna z siedzibą w Sokołowie na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca: **……**

**Sygn. akt: KIO 1775/24**

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

Jednostki Administracji Państwowej w imieniu i na rzecz których działa Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie (zwane dalej: „zamawiającym") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), (zwanej dalej: „Pzp"), w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Dostawa papieru w formacie A3, A4 i A5 w różnej gramaturze", numer postępowania: WIP.261.6.2024.JA, (zwane dalej: „postępowaniem").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 lutego 2024 r. pod numerem nr 113486-2024. Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 20 maja 2024 r. Konsorcjum Biuro Klub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach

Dolnych (zwane dalej: „odwołującym”) wniosło odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i uznaniu za taką oferty wykonawcy Lyreco Polska S.A. ul. Sokołowska 33 Sokołów, 05-806 Komorów (zwany dalej: „Lyreco”) z naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp, przy
- naruszeniu art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm. – dalej jako „uznk”) w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów i informacji bezskutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę Lyreco jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dokumentów/dowodów złożonych przez tego wykonawcę o których mowa w uzasadnieniu odwołania, pomimo, że wykonawca składając je nie przedstawił koniecznych wyjaśnień, dowodów ani nie wykazał, że posiadają wartość gospodarczą, które uzasadniałyby skuteczne zastrzeżenie tajemnicy.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp odwołujący wniósł o: merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania, o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania – na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem, a także o:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu;
3. odtajnienia i udostępnienia odwołującemu dokumentów objętych przez Lyreco ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa,
4. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, iż posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ oferta odwołującego zgodnie z rankingiem ofert zawartym w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej została uplasowana na drugiej pozycji rankingowej. Uwzględnienie odwołania i odtajnienie nieskutecznie zastrzeżonych załączników do złożonych wyjaśnień ceny oferty wykonawcy Lyreco ma bezpośredni i realny wpływ na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Zapoznanie się z treścią nieskutecznie zastrzeżonych dokumentów oraz informacji pozwoli na ocenę przez odwołującego istnienia podstaw odrzucenia oferty Lyreco z postępowania, co ma bezpośredni wpływ na wynik przetargu i możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał więc uszczerbku, a tym samym odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z zamawiającym.

Odwołujący na wstępie swego uzasadnienia przedstawił stan faktyczny i wskazał, iż jak wynikało z zestawienia ofert złożonych w postępowaniu, zamawiający zobowiązany był do wezwać Lyreco do udzielenia wyjaśnień ceny. Zamawiający skierował w dniu 16 kwietnia 2024r. do Lyreco wezwanie do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonej oferty. Jak podkreślił odwołujący, Lyreco nie zakwestionował zasadności ani treści wezwania, a zatem był zobligowany do wykazania i udowodnienia, że cena jaką zaoferował w postępowaniu nie jest rażąco niska i miał obowiązek obalić domniemanie rażąco niskiej ceny oferty.

Wykonawca Lyreco złożył w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia ceny, jednak zamawiający uznał, za złożonym z wyjaśnieniami uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, o którym mowa poniżej, że w całym zakresie żądanej przez wykonawcę ochrony (właściwe wyliczenia ceny oraz dowody) zasługują w całości na ochronę, o której mowa w art. 18 ust 3 Pzp i nie udostępnił odwołującemu tych załączników do wyjaśnień ceny.

W następnej kolejności odwołujący przywołał art. 18 ust 3 Pzp, zgodnie z którym warunkiem skutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicę przedsiębiorstwa jest łącznie - wraz z przekazaniem takich informacji, a nie później (uzupełnianie uzasadnienia tajemnicy jest niedozwolone):

- zastrzeżenie, że nie mogą być one udostępniane oraz
- wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreśli, iż brak uzasadnienia tajemnicy wraz z koniecznymi dowodami obliguje zamawiającego do udostępnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji.

Odwołujący przywołując orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej uwypuklił, iż zamawiający ma obowiązek dokładanie i krytycznie przeanalizować skuteczność zastrzeżenia oraz tego czy wykonawca wykazał w świetle art. 11 ust. 2 uznk zasadność utajnienia. Każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność informacji szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa.

W sytuacji gdy wykonawca w konkretny i weryfikowalny sposób nie wykazał spełniania przesłanek ochrony

tajemnicy oraz nie przedstawił koniecznych dowodów to Zamawiający w trakcie oceny ofert powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza winna nakazać zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

Lyreco złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego ogólnikowe wyjaśnienia ceny, w których treści wskazał, że załącza do nich właściwe wyliczenia i dowody w tym – plik, którego nazwę odwołujący przytoczył: *wyjasnienia_rnc_z_uzasadnieniem_zastrzezenia_tajemnicy_przedsiebiorstwa_1938182.pdf*

Zdaniem odwołującego dokument ten zawiera ogólnikowe stwierdzenia kwestionujące zasadność wezwania do wyjaśnień ceny. Odwołujący przytoczył fragment tego dokumentu.

Odwołujący zaznaczył, że poza powyższym plik zawiera na 3 stronach uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie, którego wykonawca Lyreco uznał, że całość wyjaśnień i ewentualnych załączników stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Poza powołaniem definicji ustawy uznk oraz ogólnego orzecznictwa i poglądów doktryny Lyreco oświadczył gołosłownie, że:

Odwołujący podkreśl, że uzasadnienie przedstawione przez Lyreco odnosić się ma do rzekomej poufności oferty producentów zaoferowanego asortymentu, która ma mieć swoje źródło we współpracy międzynarodowej i krajowej na poziomie Grupy Lyreco. Należy przy tym pamiętać, jak wskazał to odwołujący, że w ofercie Lyreco oferował asortyment wielu różnych producentów – w tym: MM Kwidzyń Sp. z o.o., Steinbeis Papier GmbH, Mondi, Papeteries de Clairefontaine, Argo S.A.

Twierdzenia i zapewnienia Lyreco są całkowicie gołosłowne, a dokument nie wskazuje, aby takie ustalenia globalne cen z poziomu grupy Lyreco były przedmiotem wyjaśnień ceny oferty Lyreco Polska. W szczególności nie jest wiadome jakie to oferty, czy są aktualne i czy ich zakres rzeczowy oraz wartości są na poziomie rynkowym i odnoszące się do przedmiotowego postępowania zostały faktycznie uwzględnione w wycenie ofertowej wykonawcy. Nie jest także wiadome czy oferty te zawierają jedynie nieweryfikowalne wyceny kwotowe na cały zakres rzeczowy czy też same w sobie zawierają informacje w przedmiocie podstaw przyjętych kalkulacji itd.

Następnie odwołujący podkreślił, iż uzasadnienie wskazuje, że:

Poza ogólnymi twierdzeniami, według stanowiska odwołującego, brak jest jakichkolwiek dowodów i uszczegółowienia powyższych twierdzeń. Każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie z uwagi na profil prowadzonej działalności profesjonalnej i jego skalę korzysta z preferencyjnych warunków jednak samo w sobie per se powyższe nie stanowi wystarczającego i skonkretyzowanego uzasadnienia ochrony informacji.

Zdaniem odwołującego uzasadnieniem ochrony całości złożonego dokumentu (dokumentów) ma być przedstawiona przez przystępującego okoliczność, iż :

Oświadczenie wykonawcy nie zawiera jakichkolwiek uchwytnych, konkretnych i poddających się weryfikacji faktów ani dowodów ani też skonkretyzowanej wartości gospodarczej konkretnych dowodów czy też wyliczeń ceny i ma charakter całkowicie sztampowy i mogłoby z powodzeniem być wykorzystywane do dowolnego postępowania, w którym Lyreco składa ofertę.

W ocenie odwołującego wykonawca Lyreco nie dopełnił obowiązku wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedstawione przez Lyreco uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy ma bardzo ogólny charakter i nie odnosi się w sposób konkretny do informacji i dokumentów objętych zastrzeżeniem. Uzasadnienie to jest bardzo szerokie, jednakże po pominięciu fragmentów prezentujących orzecznictwo sądów i Izby oraz zawierających jedynie ogólne treści, nie pozostaje z niego prawie nic.

Uzasadnienie to w szczególności nie dotyczy treści wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i dowodów złożonych przez Lyreco w postępowaniu, lecz ogólnie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, a w szczególności kalkulacji. Lyreco nie przedstawiło uzasadnienia, dlaczego całość wyjaśnień ceny jako dokument zasługuje na objęcie ich ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jeżeli Lyreco chciało zachować w tajemnicy relacje z kontrahentami, to wystarczające była anonimizacja. Jednorazowy charakter kalkulacji nie został jednak przez Lyreco wykazany. Lyreco nie wykazało chociażby tego, że zawsze stosuje te same ceny, rabaty i marże. Nie jest wiadome na czym miałby polegać ten unikalny model kalkulacji, gdyż nie zostało to wyjaśnione. Wykonawca Lyreco nie wskazał, w jakim zakresie zastosowało jakieś powtarzalne niestandardowe metody wyceny. Oczywiste jest, że nawet jeżeli faktycznie ma miejsce zastosowanie takich wyjątkowych metod wyceny, to nie dotyczy to całego zakresu kalkulacji. Nie można na zamawiających przerzucać ciężaru poszukiwania takich unikatowych metod wyceny w wyjaśnieniach wykonawcy, który zaniechał obowiązkowi spoczywającego na nim w tym zakresie.

W związku z obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadą jawności, regułą jest, że kalkulacja ceny oferty nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Sytuacja przeciwna stanowi wyjątek od tej reguły, a jego dopuszczenie możliwe jest pod warunkiem sprostania przez wykonawcę obowiązkowi wykazania zasadności objęcia określonych informacji ochroną jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak podkreślił odwołujący, trudno za takie skonkretyzowane uzasadnienie i wykazanie/udowodnienie uznać

sztampowe oświadczenie w brzmieniu jak poniżej:
Uzasadnienie tajemnicy nie zawiera, według twierdzeń odwołującego jakichkolwiek konkretów. Odnośnie stosowanych środków technicznych, organizacyjnych w zakresie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący stoi na stanowisku, że uzasadnienie wskazuje jedynie ogólnikowe deklaracje. Analogicznie sytuacja wygląda w zakresie stosowanych środków ochrony informacji poufnych. Brak jest w złożonym uzasadnieniu konkretnych danych odnoszącego się do informacji jakie stanowią treść wyjaśnień oraz składanych dowodów i konkretnych przyczyn żądanej od zamawiającego ochrony informacji w konkretnym postępowaniu. Ponadto uzasadnienie nie zawiera jakiejkolwiek skonkretyzowanej informacji w przedmiocie wartości gospodarczej informacji chronionych jak również odnośnie konkretnych stosowanych w przedsiębiorstwie wykonawcy środków technicznych, organizacyjnych i prawnych celem skutecznej ochrony zastrzeganych danych – pozbawione jest również jakichkolwiek dowodów pomimo, że takowe rzekomo wykonawca ma posiadać.

Treść uzasadnienia jest całkowicie sztampowa i nie wskazuje nawet jakich konkretnych chronionych informacji. W ocenie odwołującego tak ogólnikowy dokument nie może być uznany jako skuteczne uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa skonkretyzowanych informacji w konkretnym postępowaniu. Tymczasem mamy do czynienia z wyceną zindywidualizowaną na potrzeby konkretnego przedmiotu zamówienia i brak jest podstaw do uniwersalizowania wyliczeń ceny w konkretnym przetargu z jego zakresem rzeczowym i specyfiką do ryzyka utraty pozycji rynkowej.

Już pierwsza z przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk nie materializuje się w stosunku do informacji zawartych wyjaśnieniach tajemnicy Lyreco - wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą. W świetle normy prawnej art. 11 ust. 2 uznk konieczne jest wykazanie, że zastrzegana informacja posiada wartość gospodarczą. Nie wystarcza samo lakoniczne stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy, technologiczny czy organizacyjny, 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 może wyrażać się w wysokości szkody, jaka może powstać w przypadku ujawnienia informacji.

Odwołujący podkreślił, iż wartość gospodarczą należy wykazać, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Wartość gospodarcza może być określona w różny sposób w zależności od decyzji wykonawcy - wysokość zysków jaką generuje informacja, wysokość szkody, jaka grozi wykonawcy w wyniku odtajnienia informacji (np. wysokość kar umownych), wysokość kosztów, jakie poniesie w związku z odtajnieniem etc. Konieczność wykazania wartości gospodarczej warunkuje ochronę informacji. W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślano, że przedstawienie samych wyjaśnień tajemnicy bez dołączenia do nich odpowiednich dowodów nie jest wystarczające. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy Lyreco nie zawiera jakichkolwiek dowodów. W ocenie odwołującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest skuteczne, a złożone załączniki do wyjaśnień ceny stanowiące ich istotę winny być ujawnione.

Z powyższego wynika, że zamawiający powinien dokładanie przeanalizować skuteczność zastrzeżenia oraz tego czy wykonawcy wykazał w świetle art. 11 ust. 2 uznk zasadność utajnienia. Każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność informacji szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. W sytuacji gdy wykonawca w konkretny i weryfikowalny sposób nie wykazał spełniania przesłanek ochrony tajemnicy oraz nie przedstawił koniecznych dowodów to zamawiający w trakcie oceny ofert powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza winna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

Brak dostępu do treści złożonych merytorycznie istotnych i kluczowych dla oceny wyjaśnień oraz dowodów czyni dla odwołującego niemożliwym na aktualnym etapie postępowania dokonanie ich oceny pod kątem tego czy zawierają stosowne wyliczenia oraz dowody oraz stanowią o skutecznym obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny. Należy zauważyć, jak już wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca "wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem "wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg "udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę
informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Zamawiający ocenia zatem zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem rolą zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To wykonawca ma tę zasadność wykazać i jeśli

temu ciężarowi nie podoła, obowiązkiem zamawiającego jest ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje.

Odwołujący następnie podniósł, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi być złożone przez wykonawcę jednocześnie z przekazaniem zastrzeżonych informacji, nie zaś dopiero w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą. Zatem argumenty, czy dowody przedstawiane dopiero na rozprawie nie mogą wpłynąć na ocenę uzasadnienia złożonego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

O tym, że znajomość kalkulacji składanych przez poszczególnych wykonawców w poszczególnych postępowaniach nie stanowi wiedzy przydatnej do uzyskania przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach, świadczy najlepiej fakt, że w różnych postępowaniach wygrywają różni wykonawcy, a zapoznanie się z kalkulacjami innych wykonawców nie gwarantuje jeszcze żadnemu wykonawcy sukcesu w innych postępowaniach, bowiem w nich zostaną sporządzone odmienne kosztorysy, obejmujące prace dla danego zamówienia, oparte o założenia przyjęte dla tego zamówienia. Z tego też powodu nie jest tak, że jeden wykonawca uzyskuje wszystkie zamówienia, w których składa oferty, lecz w różnych postępowaniach ranking ofert – nawet tych samych wykonawców – jest różny. Dlatego też przez wiele lat kosztorysy składane wraz z ofertami nie były zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jeśli zaś nie ma podstawy zastrzegać jako tajemnicy przedsiębiorstwa tak szczegółowych kalkulacji jak kosztorysy, to tym bardziej nie ma podstaw, by zastrzegać jakiekolwiek kalkulacje bardziej ogólne (niezależnie od nadanej im nazwy). Należy bowiem podkreślić, że kalkulacje same w sobie nie mają uniwersalnej wartości gospodarczej – dotyczą bowiem wyłącznie danego zamówienia realizowanego w danych warunkach i są charakterystyczne wyłącznie dla podmiotu, który je sporządza oraz zamawiającego, który określa swoje indywidualne wymagania, a także stanu faktycznego. Kalkulacje innego wykonawcy nie posiadają więc żadnej ogólnej i uniwersalnej wartości ekonomicznej i nie mogą zostać wykorzystane przez innego wykonawcę w przyszłości, a tym
bardziej nie pozwalają mu zaoszczędzić wydatków lub zwiększyć zysków – te bowiem zależą
od jego indywidualnych właściwości, a te z kolei zależą od uwarunkowań danego postępowania.

Złożone przez Lyreco wyjaśnienia tajemnicy są bardzo ogólne, lakoniczne i w żaden sposób nie potwierdzają zasadności poczynionego utajnienia dokumentu. Zdaniem odwołującego, żaden z ogólnych argumentów przywoływanych w uzasadnieniu utajnienia złożonego przez Lyreco nie daje podstaw do stwierdzenia, iż ziściły się przesłanki określone w przepisie art. 11 ust. 2 uznk, umożliwiające zachowanie faktycznie całych wyjaśnień ceny i dowodów w poufności.

Sam fakt, że przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy są informacje dot. kalkulacji ceny oferty nie świadczy automatycznie o tym, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Skuteczne utajnienie tych informacji wymaga odpowiedniego uzasadnienia. Wskazać należy także, że poza samym lapidarnym i sztampowym oraz uniwersalnym uzasadnieniem tajemnicy, dokument nie zawiera ani jakichkolwiek dowodów ani też informacji w przedmiocie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Lyreco Polska spółka akcyjna z siedzibą w Sokołowie.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego, w dniu 10 czerwca 2024 r. odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględnia w całości zarzuty odwołania złożonego przez odwołującego.

W dniu 11 czerwca 2024 r. wykonawca Lyreco Polska spółka akcyjna z siedzibą w Sokołowie przedłożył pismo procesowe, w którym złożył sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego w zakresie jakim zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne wskazując, że bezwzględnie nie podlegają odtajnieniu informacje oznaczone w załączniku nr 1 jako informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oraz załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny tj. sprzeciw co do części zarzutu nr 2.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcę Lyreco Polska spółka akcyjna z siedzibą w Sokołowie (zwanego dalej: „przystępującym”), wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z: dokumentacji postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszenia przystąpienia, pisma procesowego przystępującego wraz z załącznikami oraz dowodu złożonego przez przystępującego na rozprawie.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Dostawa papieru w formacie A3, A4 i A5 w różnej gramaturze".

Zamawiający poinformował, iż na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę: 14 711 763,16 zł brutto.

W postępowaniu do dnia otwarcia ofert tj. 3 kwietnia 2024 roku złożone zostały cztery ofert, z następującymi cenami wskazanymi poniżej:

W związku z tym, że zestawienie ofert wykazało obligatoryjny charakter zastosowania wezwania przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień co do ceny przystępującego (zaoferowana przez Wykonawcę całkowita cena oferty 9 440 158,26 zł brutto, jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, tj. kwoty 14 711 763,16 zł brutto, ustalonej przed wszczęciem postępowania ), w dniu 16 kwietnia 2024 roku zamawiający skierował pismo do przystępującego w zakresie udzielenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do udzielenie wyjaśnień do rażąco niskiej ceny wraz ze złożonymi wyjaśnieniami złożył „uzasadnienie co do prawa utajnienia informacji i dowodów zawartych w wyjaśnieniu jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa". Zamawiający uznał, iż w całym zakresie żądanej przez przystępującego ochrony (wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny oraz załączniki ) zasługują w całości na ochronę o której mowa w art. 18 ust 3 Pzp i tym samym nie udostępnił ich odwołującemu

**Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje:**

Izba uznała za zasadny zarzut nr 2 tj. zarzuty naruszenia przepisów: art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.) w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp, w części co, do której przystępujący wniósł sprzeciw tj. w zakresie jakim zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne wskazując, że bezwzględnie nie podlegają odtajnieniu informacje oznaczone w załączniku nr 1 jako informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oraz załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny

Na wstępie ogólnych rozważań skład orzekający wskazuje, że zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem nieodłączną cechą tajemnicy gospodarczej jest fakt, że przedsiębiorca, który zastrzega informacje jako swoje dane prawnie chronione, podejmuje szereg działań mających na celu chronienie tajemnicy. Omawiany przepis jednoznacznie wskazuje, że skuteczne objęcie tajemnicą, wymaga od wykonawcy nie tylko udowodnienia przesłanek materialnych zawartych w art. 11 ust. 2 uznk będącego definicją legalną tajemnicy gospodarczej, ale także wykazania spełnienia przesłanki formalnej – czyli podjęcia przez podmiot uprawniony do korzystania z zastrzeżonych lub rozporządzania tymi informacjami, działań w celu utrzymania ich w poufności. Istotnym jest zatem, że wykonawca ma nie tylko obowiązek zastrzeżenia swoich poufnych informacji, ale także musi udowodnić, że rzeczywiście posiadają znamiona tajemnicy gospodarczej. Dokonuje się to się to poprzez złożenie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, które powinno zostać poparte dowodami dotyczącymi podejmowanych działań w celu ochrony tajemnicy.

Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 133/21, „W orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Założenie to powinno znaleźć wyraz również w wykładni pojęcia „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r. [obecnie art. 18 ust. 3 Pzp - przyp. Izba], w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu k.p.c. (…) Przepis ten nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, 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 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa". (por. też wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie: z 01.10.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 53/21 i z 24.11.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 87/21).

Warto również wskazać, iż bardzo istotna w tym wszystkim jest również rola zamawiającego w toku badania, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy mieć na uwadze, 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, wręcz winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia. Za wykazanie nie może być uznane ogólna argumentacja, sprowadzająca się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 uznk.

„Należy jednak zauważyć, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca "wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem "wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg, bo wymóg „wykazania", co jest niczym innym, jak obowiązkiem udowodnienia. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji." – tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.03.2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 9/22. Skład orzekający przywołane powyżej stanowiska podziela i przyjmuje za własne.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że zamawiający, który uznał sporne informacje za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, działał w sposób nieprawidłowy. Zgodnie z ustaleniami, do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący nie dołączył żadnych dowodów dotyczących podejmowania działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeganych danych. Z „uzasadnienia informacji i dowodów zawartych w wyjaśnieniu jako stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa" co prawda wynika, że przystępujący oświadczył i opisał czynności, które podejmuje, aby chronić swoje informacje, tj. w przedsiębiorstwie wdrożone są procedury mające nieujawnianie informacji poufnych bądź stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, pracownicy i współpracownicy mają zawarte w umowach klauzule poufności. Jednakże próżno szukać dowodów w tym zakresie w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący dopiero na rozprawie przedstawił zanonimizowaną umowę o zachowaniu poufności, jako dowód na okoliczność zachowania w poufności i stosowanie zabezpieczeń dla zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba podziela pogląd odwołującego w tym zakresie, że jest to dowód spóźniony. W związku z powyższym Izba uznała dowód za niedopuszczalny na tym etapie. Ustawodawca wyraźnie wskazał moment wykazania, ze wykonawca posiada odpowiednią politykę dotycząc zachowania poufności. Dokumenty te powinien przystępujący przedłożyć zamawiającemu w momencie zastrzegania swoich danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a ich złożenie na późniejszym etapie należy ocenić jako spóźnione. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 3 Pzp. wykonawca powinien wykazać, że zastrzegane dane stanowią jego tajemnicę wraz z przekazywaniem takich informacji zamawiającemu. Tym samym etap postepowania przed Krajową Izbą Odwoławczą jest etapem dalece spóźnionym.

Skład orzekający stwierdził więc, że w ustalonym stanie rzeczy nie wykazano spełnienia przesłanek art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk. Rację ma odwołujący, że przystępujący nie udźwignął ciężaru udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy, ponieważ nawet nie podjął próby w tym zakresie. Stanowisko przystępującego pozostało subiektywnym przekonaniem opierającym się na gołosłownych twierdzeniach, a brak złożenia dowodów – w postaci chociażby dokumentów, których autorem jest przystępujący, o których mowa w uzasadnianiu tajemnicy przedsiębiorstwa – powoduje, że stanowisko to również nie jest wiarygodne. Izba nie podziela poglądu przystępującego, że żaden przepis nie nakłada obowiązku przedkładania dowodów, a jedynie wskazuje że trzeba wykazać, że dane informacje są zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, zaś wykazanie polega na opisaniu dlaczego dane informacja zastrzegane są jako tajemnica przedsiębiorstwa. Aspekt ten był wielokrotnie przedmiotem rozstrzygnięć Izby i orzecznictwo w tym zakresie jest ugruntowane.

Skoro bowiem odwołujący nie zdecydował się na przedstawienie zamawiającemu rzeczonych dowodów, brak ich przedstawienia należy interpretować tak, że nie zawierają one treści wskazanych w uzasadnieniu zastrzeżenia. W szczególności, że nie złożono wraz z zastrzeżeniem przedmiotowych umów o zachowaniu w poufności czy nie wskazano konkretnie jakie procedury przystępującego mają na celu nie ujawnianie informacji poufnych bądź stanowiących tajemnicę.

Odnosząc się do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, należy wskazać, że w doktrynie podkreśla się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się wartością gospodarczą.

Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarczy 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 zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.

Przystępujący wskazał, iż zastrzeżona jest treść oferty producentów i wynikająca z tej ofert dalsza kalkulacja ceny dla zamawiającego, jednakże przystępujący zaś nie wykazał żadnej skonkretyzowanej lub wyliczonej wartości gospodarczej. Okoliczność, że informacje z oferty są zastrzeżone jako tajemnica wskazuje sam producent zakazując ujawniania informacji odnośnie współpracy handlowej stron nie ma żadnego znaczenia dla uznania, że informacje z oferty mają wartość gospodarczą z tego powodu, że pozostają poufne. Na podstawie uzasadnienia zastrzeżenia nie można ustalić jakiejkolwiek wartości gospodarczej wynikającej z utrzymania treści oferty producenta w poufności.

Argumentacja wykonawcy w zakresie wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji jest ponadto gołosłowna. Brak jest w treści uzasadnienia nie tylko samej argumentacji, ale nawet ponownie jakichkolwiek dowodów potwierdzających wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Odwołujący w treści złożonych wyjaśnień nie wykazał wartości majątkowej zastrzeżonych informacji.

Na koniec warto podkreślić, iż pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, należy traktować jako wyjątek od fundamentalnej zasady, jaką jest jawności postępowania o zamówienie publiczne. Nie można traktować tak nadanego uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego utrudnianiu albo wręcz uniemożliwieniu innym wykonawcom oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Ponadto, warto zauważyć, iż praktyka zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści dokumentów takich jak wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, załączników do nich, czy załączników do ofert od dawna w orzecznictwie jest postrzegana jako negatywna. Potwierdzeniem tego może być chociażby wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, gdzie wskazano, iż takie działanie jest nie tylko sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, ale także utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w piśmie.

Reasumując, Izba doszła do przekonania iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, ze względu na fakt, iż przystępujący nie spełnił przesłanek z art. 18 ust. 3 Pzp zastrzegając informacje jako tajemnice przedsiębiorstwa.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: **……**