

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant:

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2024 r. przez wykonawcę MMT Idea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego: 1 Volt Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: Zakład Sieci i Zasilania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu uznanie za bezskuteczne w całości dokonane przez wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 14 marca 2024 r. dotyczących wyliczenia ceny oraz w załączonych do tego pisma dowodach;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego MMT Idea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 169 zł 00 gr (słownie: sto sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na rzecz odwołującego MMT Idea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie kwotę 18 769 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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 Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Konserwacja i utrzymanie w pełnej sprawności sieci trakcyjnej tramwajowej i wyposażenia towarzyszącego na terenie miasta Wrocławia w okresie od dnia 01.05.2024 r. do 30.04.2025 r. z prawem opcji w zakresie przedłużenia terminu realizacji zamówienia” (nr postępowania: KU.241/pn32024/AS). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 12/2024: 00032609-2024 z dnia 17 stycznia 2024 r. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 26 marca 2024 r. wykonawca MMT Idea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie (dalej jako „Odwołujący”), wniósł odwołanie wobec zaniechania udostępnienia załączników do protokołu postępowania (a to treści wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – dalej jako „Przystępujący ZSIZ”), pomimo, że załączniki te winny być jawne, ze względu na nieskuteczne zastrzeżenie „tajemnicy przedsiębiorstwa” przez wykonawcę ZSIZ, wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności utajnienia wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę ZSIZ, pomimo, że wyjaśnienia te i załączone do nich dowody winny być jawne i udostępniane pozostałym wykonawcom oraz wobec zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę ZSIZ, pomimo, że wykonawca ZSIZ nieskutecznie zastrzegł je jako rzekomą „tajemnicę przedsiębiorstwa.” Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

- 1.art. 74 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 73 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego nie zastosowanie, a w konsekwencji bezpodstawne nieudostępnienie Odwołującemu, na złożony przez niego wniosek, załączników do protokołu postępowania, a to wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę ZSIZ, pomimo faktu, że załączniki te winny być jawne, ze względu na nieskuteczne zastrzeżenie „tajemnicy przedsiębiorstwa” przez wykonawcę ZSIZ oznaczające (zgodnie z orzecznictwem) wyrażenie przez tego wykonawcę zgody na ich ujawnienie, czym Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp);
- 2.art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji utajnienie (nie ujawnienie) oraz nieodtajnienie wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę ZSIZ, pomimo faktu, że wykonawca ZSIZ nieskutecznie zastrzegł powyższe jako „tajemnicę przedsiębiorstwa”, podczas gdy przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wymaga wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa czym Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień ceny ofertowej złożonych przez wykonawcę ZSIZ (wraz z dowodami), udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień ceny ofertowej złożonych przez wykonawcę ZSIZ (wraz z dowodami) oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania. Z ostrożności procesowej – na wypadek, gdyby Izba przyjęła, że Zamawiający zobowiązany jest do samodzielnego ustalenia które treści złożonych dokumentów ZSIZ stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień ceny ofertowej złożonych po zaczerpieniu lub usunięciu z nich tych treści, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa – zgodnie z „Zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa” złożonym przez ZSIZ. Ponadto z ostrożności procesowej – na wypadek gdyby przed rozstrzygnięciem niniejszego odwołania nastąpił wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 10 kwietnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

W tym samym dniu pisma procesowe złożyli także wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego (z wnioskiem o uwzględnienie odwołania) i Zamawiającego (z wnioskiem o oddalenie odwołania).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawcę 1 Volt Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego zgłoszoną wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Zakład Sieci i Zasilania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, stwierdzając, iż wykonawca ten posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. W ocenie Izby interes ten jest niewątpliwy – Przystępujący jako dysponent informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny, zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, których ujawnienia Odwołujący się domaga, ma interes w oddaleniu odwołania, bowiem prowadziłoby to do zachowania w poufności informacji, które w subiektywnej ocenie wykonawcy Zakład Sieci i Zasilania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Wbrew stanowisku Odwołującego powyższe wynika ze zgłoszenia przystąpienia, mimo iż nie zostało w tym piśmie skrupulatnie wyartykułowane tak jak oczekiwałby tego Odwołujący. W piśmie tym wskazano, że zdaniem Przystępującego

Zamawiający w sposób właściwy dokonał utajnienia zastrzeżonych informacji udzielonych przez Przystępującego, jak i podkreślono, że oferta Przystępującego jest ofertą najkorzystniejszą cenowo, spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, określone w SWZ, a jego wyjaśnienia co do ceny zostały zaakceptowane przez Zamawiającego, zatem ma on realną szansę na uzyskanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Kompleksowa lektura zgłoszenia przystąpienia pozwala zatem stwierdzić, że wykonawca chroniąc informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny dąży do tego, aby ich treść nie została ujawniona, a ewentualny wybór jego oferty nie został podważony.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a wnosząc środek ochrony prawnej dąży do stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny wraz z dowodami złożonych przez Przystępującego ZSIZ, którego oferta plasuje się najwyżej w rankingu ofert, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, włączając ją w akta sprawy odwoławczej, a ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie (uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Konserwacja torów i zwrotnic tramwajowych we Wrocławiu w podziale na 2 zadania wraz z prawem opcji” KU.241/pn23_2023/AT, część jawna wyjaśnień ww. wykonawcy z dnia 19 września 2023 r.) oraz dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Przystępującego w piśmie z 19 kwietnia 2021 r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego o znaku KU.241/pn6_2021/PC, wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny złożone przez Przystępującego w piśmie z 19 kwietnia 2021 r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego o znaku KU.241/pn6_2021/PC) na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane przez Strony odpowiednio w piśmie oraz do protokołu rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem 5 SWZ przedmiotem zamówienia jest konserwacja i utrzymanie w pełnej sprawności technicznej sieci trakcyjnej tramwajowej i wyposażenia towarzyszącego na terenie miasta Wrocławia w celu zapewnienia ciągłości i niezawodności ruchu tramwajowego w okresie od dnia 01.05.2024 r. do 30.04.2025 r. z prawem opcji w zakresie przedłużenia terminu realizacji zamówienia, na warunkach określonych we wzorze umowy wraz z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ).

W pkt 16.13 SWZ Zamawiający poinformował wykonawców, iż zgodnie z art. 74 ustawy Pzp oferty składane w postępowaniu o zamówienie publiczne są jawne od chwili ich otwarcia, z wyjątkiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli Wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 Pzp), w szczególności określając, w jaki sposób zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 1 pkt. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym „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.”. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp, tj. informacji o nazwach, albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej, albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte; cenach lub kosztach zawartych w ofercie. W punkcie 16.14 SWZ wskazano, iż w sytuacji kiedy oferta zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacje te powinny być zawarte w osobnym, podpisanym podpisem elektronicznym, pliku i zawierać wyraźne zastrzeżenie (np. w nazwie pliku), że nie mogą być udostępniane. Zgodnie z pkt 16.15 SWZ Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niewłaściwe zabezpieczenie przez Wykonawcę dokumentów określonych jako tajne. Jeżeli zastrzeżone przez Wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy (np. art. 222 ust. 5 ustawy) lub odrębnych przepisów, Zamawiający zobowiązany jest do ujawnienia tych informacji w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty – Odwołującego oraz obu Przystępujących.

Zamawiający w dniu 7 marca 2024 r. wezwał Przystępującego ZSIZ na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do

udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie zamówienia podstawowego. Przystępujący ZSIz złożył wyjaśnienia (14 stron) wraz z dowodami (2 dowody), obejmując je w całości tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadniając to działanie Przystępujący ZSIz wskazał:

„Działając w imieniu Wykonawcy (...) na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp zastrzegam jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2022.1233 t.j., dalej: u.z.n.k.) treść pisma Wykonawcy nr 24/03/0027 z dnia 14.03.2024 r. obejmującego przedstawione wyjaśnienia i dowody- w tym kalkulacje, oferty cenowe. W związku z powyższym Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. wnosi o zagwarantowanie, aby do ich treści miały dostęp jedynie uprawnione osoby reprezentujące Zamawiającego. Informacji tych nie wolno ujawniać osobom trzecim, a w szczególności innym oferentom niniejszego postępowania przetargowego.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność, niemniej zasada ta może zostać ograniczona zgodnie z treścią art. 18 ust. 3 p.z.p. Zgodnie z powołanym powyżej przepisem (...). Zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się (...). Zgodnie zaś z art. 11 ust. 1 u.z.n.k. (...). Zgodnie z powyższym, aby informacja była tajemnicą przedsiębiorstwa niezbędne jest kumulatywne spełnienie trzech przesłanek, tj.: 1) przedmiotem informacji są informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, 2) informacje te jako całość lub w szczegółowym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, 3) podjęcie przez uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi, przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania ich w poufności. Wykazanie spełnienia przesłanki 1) Wykonawca wskazuje, że zastrzeżone informacje, takie jak sposób i metodologia kształtowania cen przez Wykonawcę, oferowanych Zamawiającym dotyczą szczegółów wykreowanej przez lata polityki finansowej Wykonawcy, tj. umiejętności gromadzenia i wydatkowania środków pieniężnych dla realizacji jego celów gospodarczych poprzez świadome działanie jego organów. Zastrzeżone informacje dają wgląd do sposobu wyliczenia ceny, ale również mogłyby stanowić gotowy wykaz i sposób prowadzonych wyliczeń dla konkurencji po odtajnieniu dowodów tabelarycznych, co w konsekwencji doprowadziłoby do tego, że Wykonawca przestałby być konkurencyjny i atrakcyjny na rynku. Wykonawca pozostaje konkurencyjny dzięki własnej metodologii kształtowania kosztów, która oparta jest na wieloletnim doświadczeniu Wykonawcy i umiejętnym ustalaniu i realizowaniu określonych celów za pomocą środków finansowych. Wykonawca posiada własny, unikatowy sposób podziału kosztów i ich wyliczenia w zakresie obliczania kosztów pracowniczych oraz sposoby kształtowania polityk kadrowej i współpracowników przy realizacji zamówienia. Przedstawiony materiał dowodowy przez Wykonawcę, dodatkowo zawiera dane pozwalające na zidentyfikowanie kontrahentów Wykonawcy, jak również uzyskane przez Wykonawcę ceny za usług, warunki handlowe oraz rabaty i upusty, które są wynikiem wieloletniej współpracy z podmiotami trzecimi. Informacje te są informacjami unikatowymi, wyjątkowymi i dostępnymi jedynie dla Wykonawcy, nie są to powszechnie znane dane, dane te również nie są dostępne dla innych podmiotów. Wykonawca wskazuje, że w jego ocenie sposób przeprowadzanych wyliczeń i kalkulacji ceny, pozyskiwania danych czy ich zestawiania uznać można za pakiet nieopatentowanych informacji praktycznych, wynikających z doświadczenia i przeprowadzonych testów, o niejawnym, istotnym i określonym charakterze tym samym, Wykonawca pokusi się nawet o stwierdzenie, że dane te stanowią jego know-how

Cała technika prowadzonych wyliczeń i kalkulacji jest efektem zarówno wypracowanych metod na przestrzeni wieloletniej działalności Wykonawcy, ale również efektem pracy pracowników Wykonawcy, co finalnie pozwoliło na opracowanie takiej metody, która pozwala Wykonawcy na zaproponowanie najlepszej ceny i zachowania przy tym konkurencyjności na rynku, przy jednoczesnym osiągnięciu zysku i spełnieniu oczekiwań Zamawiającego. Na wartość gospodarczą przekazanych informacji składa się również koszt specjalistów i ekspertów odpowiedzialnych za metodologię obliczania i doboru kosztów, co w połączeniu z dokumentami opracowanymi przez Wykonawcę ma wartość przewagi konkurencyjnej. Zaplecze takie i przygotowanie się Wykonawcy pozwala mu na składanie konkurencyjnych ofert względem innych podmiotów. Działanie takie wynika z faktu, że Wykonawca korzysta ze swojego know-how znanemu tylko jemu, wypracowanemu przez lata, a wynikającego z zastrzeżonych informacji. W aspekcie wartości zysku, który stanowi tajemnicę handlową Wykonawcy, a wynika ze sposobu i metod kształtowania cen, jest możliwy do zidentyfikowania przez Zamawiającego z dokumentów szczegółowej kalkulacji cenowej, co uznać należy za kolejną składową wartość gospodarczą posiadaną przez zastrzeżone informacje. Wskazane informacje uznać należy zarówno za informację o charakterze organizacyjnym przedsiębiorstwa (zaliczyć do nich należy przede wszystkim sposób prowadzonych wyliczeń, zasady organizacji pracy, kontrahentów Wykonawcy, warunki handlowe oraz zasady współpracy), które posiadają wartość gospodarczą. Z uwagi na powyższe uznać należy za spełnienie pierwszej przesłanki przewidzianej art. 11 ust. 2 u.z.n.k., która to przesądza o przynależności tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do zastrzeżonych informacji.

Dla wykazania stanowiska Wykonawcy w powyższym zakresie konieczne jest również przywołanie orzecznictwa

KIO, zgodnie z którym Izba uznaje, że metodyka kalkulacji ceny może być standardowa albo jednostkowa czyli wyjątkowa i typowa dla pojedynczego wykonawcy. Nie można uznać, aby kalkulacja przedstawiona przez Wykonawcę była w jakimkolwiek stopniu standardowa i powszechna, co pozwala na uznanie, że jest to wyłącznie know-how Wykonawcy, które daje mu przewagę konkurencyjną. Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2023 r. (KIO 414/23) - Skorzystanie z takiej czy innej metodyki sporządzenia kalkulacji własnej może wynikać z przyjętego przez wykonawcę modelu prowadzenia określonej działalności gospodarczej. W wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2022 r. (KIO 3730/21) wskazano, że zastrzeżenie tajemnicy ma na celu ochronę danych kluczowych z punktu widzenia przygotowania najkorzystniejszej oferty w takich postępowaniach, jakie prowadzi zamawiający. Uzyskanie dostępu do warunków, na jakich jeden wykonawca nabywa niezbędne towary i usługi na potrzeby realizacji zamówienia, może spowodować, że w przyszłości nie będą one dla niego dostępne lub też będą dostępne również dla jego konkurentów. W rezultacie spowodują, że wykonawca nie będzie konkurencyjny w kolejnych przetargach. Dlatego też Konsorcjum słusznie wartość tę upatrywało w przybliżonym zysku z przedmiotowego zadania, w oparciu o wycenienia zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach. W cytowanym orzeczeniu KIO przesądza jednoznacznie o możliwości zastrzeżenia informacji zarówno o podmiotach współpracujących oraz o warunkach uzyskania ofert oraz warunkach handlowych współpracy. KIO w kolejnym orzeczeniu potwierdziło powyższą retorykę i tak w wyroku z dnia 9 maja 2022 r. (KIO 991/22) wysnuło tezę, zgodnie z którą: Wypracowane przez Odwołującego w ramach prowadzonej działalności relacje handlowe - stanowiące efekt współpracy i budowanych przez lata kontaktów podmiotów prywatnych, a także istniejącej pomiędzy nimi relacji biznesowej, stanowią o wymiernej wartości gospodarczej takich informacji. Utrzymywanie w tajemnicy informacji o współpracy z danym podmiotem czy też o przedmiocie takiej współpracy, może mieć wpływ na budowaną pozycję rynkową danego wykonawcy. Informacje na temat kontrahentów spoza sektora publicznego, uzyskanego w ramach współpracy wynagrodzenia, czy przedmiotu tej współpracy mogą stanowić źródło wiedzy o danym przedsiębiorcy dla innego podmiotu, działającego profesjonalnie w tym samym segmencie rynku, mogą być wykorzystane w celu zachwiania pozycji konkurencji. W orzeczeniach KIO potwierdza również tezę dotyczącą okoliczności, że informację zawartą w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą i tak w myśl wyroku z dnia 14 lutego 2011 r. (KIO 228/11) jednoznacznie potwierdza, że Informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe jej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazując bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na uzyskanie wyniku zaprezentowanego w złożonej ofercie. W wyroku KIO z dnia 31 marca 2023 r. (KIO 708/23) wskazano, że potencjalnie w zależności od okoliczności danej sprawy kalkulacja ceny oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale pod warunkiem, że ma ona unikalny, autorski charakter i posiada elementy ją wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii. Wykonawca wskazuje, że jego oferta i kalkulacja ma unikalny, autorski charakter i posiada ona elementy wyróżniające je na tle typowo stosowanych metodologii tym samym nie ma wątpliwości do tego, że oferta Wykonawcy stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i nie można odmówić jej tego przymiotu. Bezapelacyjnie wskazać należy, że orzecznictwo uznaje, że kalkulacja ceny ofertowej, metodologia tej kalkulacji, sposób opracowywania ceny i budowanie polityki cenowej i handlowej, wykazy kontrahentów oraz zbudowane warunki i relacje handlowe stanowią informację o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje takie mają charakter zarówno organizacyjny jak i posiadają wartość gospodarczą. Z przedstawionego uzasadnienia, przy ujęciu zaprezentowanego orzecznictwa, Wykonawca ma pełne prawo zastrzegać wskazane informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykazanie spełnienia przesłanki 2).

Wykonawca wyjaśnia, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie są powszechnie znane, ani nie są łatwo dostępne dla osób trzecich, zarówno dla osób zajmujących się takimi informacjami, ale również dla takich, które chciałyby mieć do nich dostęp. Dane takie nie są dostępne ani jako informacje szczątkowe, osobno a tym bardziej jako dane stanowiące zbiór, w zestawieniu całościowym. Wykonawca oświadcza, że do przekazanych informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, nikt poza Wykonawcą nie ma dostępu oraz, że pozyskanie takich danych nie jest łatwe. Do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dostęp ma tylko wąskie, ściśle określone grono osób. Mianowicie dostęp do materiałów zawierających kalkulację ceny oraz jej metodologię ma jedynie Prezes Zarząd Spółki- Krzysztof Surówka oraz dwóch pracowników firmy (Małgorzata Wilk-Kofnet i Małgorzata Grudzińska) – jako dowód przedstawiono zrzut ekranu: Dysk Sieciowy Działu Przygotowania Ofert Wykonawcy (LO) – członkostwo w grupie posiadają tylko 3 osoby w firmie. Wykonawca nie dopuszcza do takich informacji innych osób, ograniczając łańcuch przekazywania zastrzeżonych informacji do minimum. Spółka w takim zakresie nie korzysta z pomocy osób trzecich tj. pośrednicy czy pełnomocnicy. Opracowywane materiały przygotowywane są w oparciu o samodzielną i bezpośrednią pracę Zarządu, a osoby te z natury pełnienia swojej funkcji zobowiązane są do zachowania pełnej poufności. Zbiór danych tworzących zastrzeżoną informację oraz podstawy ich tworzenia nigdy nie został przez Wykonawcę ujawniony i stanowi jeden z najbardziej chronionych dokumentów przez Wykonawcę. Informację oraz dane takie jak warunki handlowe, a wynikające z złożonych ofert znane są jedynie podmiotom wskazanym powyżej oraz

podmiotom – kontrahentom składającym ofertę, którzy każdorazowo zobowiązani są do zachowania poufności. Tym samym warunki współpracy, zarówno co do jej sposobu jak i warunków cenowych nie są powszechnie znane. Z uwagi na powyższe należy, że Wykonawca wykazał spełnienia drugiej przesłanki przewidzianej w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przesądzającej o przymocie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do zastrzeżonych informacji.

Wykazanie spełnienia przesłanki 3).

Wykonawca w swojej wieloletniej działalności podejmuje od lat wszelkie dostępne środki celem, których jest zachowanie informacji zastrzeżonych w poufności oraz zabezpiecza się przed ich uzyskaniem w sposób nieuprawniony przez jakikolwiek podmiot trzeci. W spółce Wykonawcy wdrożone są środki ochrony poufnego charakteru informacji za pomocą zarówno środków fizycznych jak i prawnych. Wykonawca zapewnia w swojej Spółce odpowiedni obieg dokumentów obejmujących poufne informacje oraz korzysta z wdrożonych rozwiązań zapewniających bezpieczeństwo informatyczne. W zakresie ochrony o charakterze prawnym Wykonawca w umowach zawieranych z innymi podmiotami umieszcza stosowne klauzule zobowiązujące do ochrony informacji poufnych, co nie pozwala żadnej ze stron stosunku umownego do wykorzystywania zastrzeżonych danych w innych celach niż te przewidziane umową. Dodatkowo pracownicy Wykonawcy od dnia zawarcia stosunku pracy zobowiązani są do zachowania poufności. Do zbioru zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nikt poza osobami wskazanymi w odpowiedzi do drugiej przesłanki nie ma dostępu. Wykonawca w zakresie ochrony informatycznej wprowadził szyfrowanie dysków twardych dla każdego komputera (zarówno stacjonarnego jak i przenośnego), a dokumenty umieszczane są na bezpiecznych serwerach zabezpieczonych przez służby IT, zaś obieg dokumentów odbywa się za pośrednictwem specjalistycznego programu, gdzie dostęp do poszczególnych danych jest reglamentowany przy uwzględnieniu posiadanych uprawnień pracowniczych. Dowód: zrzuty ekranu - Logowanie do komputerów w firmie - chronione hasłem. Mając na uwadze powyższe za spełnioną należy uznać trzecią i ostatnią przesłankę, o której mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przesądzającej o przymocie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do zastrzeżonych informacji.

Podsumowanie: Wykonawca wskazuje w ślad za orzeczeniem KIO z dnia 6 marca 2023 r. (KIO 448/23), że poznanie strategii budowania ceny przez firmy funkcjonujące w tym samym sektorze może spowodować utratę korzyści w postaci przyszłych kontraktów, co przełoży się na całokształt działalności biznesowej. Dodatkowo same wyjaśnienia cenowe wskazują na poziom stosowanej marży, który jednolicie uważany jest przez orzecznictwo i doktrynę za mogący stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym w sytuacji ujawnienia informacji zastrzeżonych i umożliwienie innym podmiotom dostępu do protokołu postępowania wraz z jego załącznikami, do danych tych uzyskałyby dostęp inne podmioty, czego konsekwencją byłoby pozbawienie Wykonawcy wypracowanej przez lata przewagi konkurencyjnej, a nawet całkowite pozbawienie tej przewagi Wykonawcy. Ujawnienie takich danych realnie zagraża Wykonawcy, narażając go na straty. Z uwagi na powyższe Wykonawca przypomina, iż: czynność odtajniania informacji musi być przeprowadzana ze szczególną starannością ze względu na fakt, iż jej dokonanie ma charakter nieodwracalny. Ponadto ujawnienie przez zamawiającego informacji stanowiących w rzeczywistości tajemnicę przedsiębiorstwa naraża zamawiającego na odpowiedzialność cywilnoprawną ze strony wykonawców. Za bezapelacyjnie ważne należy uznać potrzebę ochrony przekazanych informacji Zamawiającemu w ramach złożonych wyjaśnień. Wykonawca oświadcza, iż w przypadku uznania przez Zamawiającego, iż jakikolwiek aspekt przedmiotowego zastrzeżenia wymagał złożenia dodatkowych wyjaśnień lub uzupełnienia albo złożenia dodatkowych dowodów Wykonawca pozostaje w gotowości do ich przedstawienia na wezwanie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy z całą stanowczością stwierdzić, iż Wykonawca uczynił zadość wymaganiom w zakresie skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym uznać należy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne.”

Zamawiający w dniu 20 marca 2024 r. na wniosek Odwołującego udostępnił mu wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, jakie skierował do Przystępującego ZSIZ, wydruk wiadomości e-mail od ZSIZ zawierającej odpowiedź na wezwanie (bez załączników) oraz pismo „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa” z dnia 14 marca 2024 r.

Po wniesieniu odwołania, w dniu 5 kwietnia 2024 r., Zamawiający przekazał Odwołującemu fragment pisma Przystępującego ZSIZ z dnia 14 marca 2024 r. zawierającego wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, tj. część wstępną (cała strona pierwsza oraz fragment tekstu na stronie drugiej od początku strony do akapitu „Wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny ofertowej”), a także podpis na stronie 14.

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający na moment zamknięcia rozprawy nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując treść przepisów znajdujących zastosowanie w sprawie, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w . Zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Ponadto Izba wskazuje, iż art. 74 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem lub zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznając, że Przystępujący w sposób skuteczny zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 14 marca 2024 r. dotyczących wyliczenia ceny oraz w załączonych do tego pisma dowodach.

Izba wskazuje, iż jawność postępowania jest jedną z kluczowych zasad systemu zamówień publicznych, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Ujawnienie informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od zasady jawności i nie może być wykładane rozszerzająco. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykazania kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w odniesieniu do określonych informacji. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie w sposób należyty skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. Zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Na gruncie stanu faktycznego przedmiotowej sprawy należy przede wszystkim zwrócić uwagę na fakt, iż Przystępujący ZSIZ nie objął tajemnicą przedsiębiorstwa wyłącznie określonych, konkretnych informacji, lecz ujawnił pełną merytoryczną treść wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i wszystkie załączone do tych wyjaśnień dowody (dwa dokumenty). Izba wskazuje, iż praktyka zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników od dawna w orzecznictwie jest postrzegana jako negatywna. Potwierdza to m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, w którym Sąd określił, 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.

Przystępujący ZSIZ nie tylko zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa pełną merytoryczną treść wyjaśnień oraz dowodów, ale w dodatku przedstawił bardzo ogólne, wręcz szablonowe, uzasadnienie dla objęcia tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, które nie odnosiło się w sposób zindywidualizowany do zastrzeganych informacji. Uzasadniając, że przedmiotem zastrzeżenia są informacje posiadające wartość gospodarczą, Przystępujący ZSIZ przedstawił jedynie głoślowe zapewnienia, że zaprezentowany w wyjaśnieniach sposób wyliczenia ceny jest unikatowy i stanowi jego know-how, jako efekt wypracowanych na przestrzeni wieloletniej działalności metod oraz powołał się na orzecznictwo, podsumowując, iż *„jego oferta i kalkulacja ma unikalny, autorski charakter i posiada elementy wyróżniające je na tle typowo stosowanych metodologii, a tym samym nie ma wątpliwości, że stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.”* Przystępujący ZSIZ nie przedstawił żadnego konkretnego uzasadnienia, które dotyczyłoby poszczególnych informacji czy chociażby kategorii informacji zawartych w wyjaśnieniach, a poza hasłowymi stwierdzeniami nawet nie wskazał, w czym przejawiać miałby się ten unikalny charakter zawartej w wyjaśnieniach

metodologii kalkulacji ceny ofertowej. W ocenie Izby uzasadnienie zaprezentowane przez Przystępującego ZSIZ było do tego stopnia ogólne i nieskonkretyzowane, że mogłoby zostać przedstawione na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia. Takie działanie nie zasługuje na ochronę prawną. Postępując w ten sposób Przystępujący ZSIZ sam pozbawił się ochrony informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny i złożonych wraz z nimi dowodach. Przystępujący powinien mieć pełną świadomość z czym wiąże się udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia i że zasadą tego postępowania jest jawność. W ocenie Izby nic nie stało na przeszkodzie, aby tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępujący ZSIZ objął jedynie określone fragmenty wyjaśnień czy dowodów zawierające informacje w ocenie Przystępującego ZSIZ wrażliwe i dla tych właśnie informacji przedstawił konkretne uzasadnienie dlaczego one powinny one podlegać udostępnieniu innym wykonawcom. Takie działanie pozwoliłoby na faktyczną weryfikację, czy w odniesieniu do konkretnych informacji wykazano spełnienie przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Tymczasem przedstawienie tak ogólnego uzasadnienia w praktyce uniemożliwia nawet odpowiednie przyporządkowanie twierdzeń w nim zawartych do poszczególnych informacji, nie mówiąc już o tym, że do znacznej części informacji zawartych w wyjaśnieniach uzasadnienie to w ogóle się nie odnosi.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż uprawnienie do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa nie powinno być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a nie sposób oprzeć się wrażeniu, że w przedmiotowej sprawie temu właśnie ono służyło. Podnoszone przez Zamawiającego i Przystępującego ZSIZ twierdzenia, iż sam Odwołujący w sposób podobny do Przystępującego ZSIZ zastrzega wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, bynajmniej nie usprawiedliwia uznania, że Przystępujący ZSIZ dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Abstrahując od okoliczności, iż Izba nie dokonuje w obecnym postępowaniu badania czy Odwołujący w przeszłości w innych postępowaniach zastrzegał tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób skuteczny, to należy stwierdzić, iż argumentacja Zamawiającego i Przystępującego ZSIZ oraz przedstawione przez Zamawiającego w tym zakresie dokumenty (uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w postępowaniu KU.241/pn23_2023/AT) prędkiej mogłyby dowodzić tego, że wykonawcy w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego stosują tego rodzaju negatywną praktykę, aby utrudnić sobie nawzajem stawianie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, niż zasadności objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba wskazuje, iż Zamawiający nie powinien biernie przyjmować za właściwe subiektywnych deklaracji wykonawcy o tym, że wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz należy zweryfikować czy w istocie wykonawca wykazał zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkich zastrzeżonych informacji. W przedmiotowym przypadku w ocenie Izby Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny, uznając wyjaśnienia i dowody złożone przez ZSIZ za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Na powyższe nie wpływa okoliczność, iż Zamawiający po wniesieniu odwołania udostępnił Odwołującemu fragmenty wyjaśnień Przystępującego ZSIZ – były to bowiem jedynie dwa wstępne, ogólne i nic nie wnoszące akapity oraz znajdujący się na końcu wyjaśnień podpis. Pełna merytoryczna treść wyjaśnień rozpoczynająca się od nagłówka „*Wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny ofertowej*” nie została odtajniona. Nie jest Izbie wiadome dlaczego Zamawiający uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkie informacje tam zawarte, skoro część z nich już na pierwszy rzut oka, bez wnikliwej lektury, pozwala stwierdzić, że są to informacje jawne, jak np. informacje o wcześniej realizowanych przez ZSIZ na rzecz Zamawiającego usługach, informacje o usługach realizowanych na rzecz innych podmiotów publicznych czy odwoływanie się przez ZSIZ do cen, jakie w tym postępowaniu zaoferował Odwołujący i Przystępujący 1 Volt. Co więcej, decyzja Zamawiającego może dziwić tym bardziej, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez ZSIZ w ogóle się do powyższych informacji nie odnosi. Podobnie uzasadnienie to nie odnosi się do szeregu innych informacji zawartych w wyjaśnieniach, chociażby wszystkich tych informacji, wykazów czy schematów, które zostały podane w części „*wyjaśnienia w zakresie warunków związanych z realizacją przedmiotu umowy przez wykonawcę*” (str. 7-14).

Odnosząc się zaś do przedstawionej w wyjaśnieniach kalkulacji ceny ofertowej Izba zwróciła szczególną uwagę na to, że Przystępujący ZSIZ w treści wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny wprost wskazał, że kalkulacje nie zostały przez niego szczegółowo rozpisane (podano jedynie sumy końcowe), gdyż te szczegółowe dane mają dla niego wartość gospodarczą i mogłyby być wykorzystane przez jego konkurentów. Z powyższego stwierdzenia wynika wniosek, iż Przystępujący w taki sposób opracował kalkulacje, aby nie prezentować szczegółowych informacji, liczył się bowiem z tym, że treść wyjaśnień będzie jawna. Tym samym Przystępujący sam podważył zasadność objęcia złożonych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, skoro przedstawił kalkulacje w taki sposób, aby nie ujawniać szczegółowych wyliczeń posiadających w jego ocenie wartość gospodarczą. Ponadto analiza wyjaśnień złożonych przez Przystępującego ZSIZ doprowadziła Izbę do przekonania, że w tym przypadku trudno mówić o ujawnianiu jakiegokolwiek

know-how wykonawcy, informacji o takim ciężarze gatunkowym w wyjaśnieniach Izba nie odnalazła. Przystępujący nie uzasadnił w sposób rzeczowy w czym dokładnie ta unikalność, oryginalność jego wyjaśnień i kalkulacji miałyby się przejawiać. W przedmiotowym postępowaniu każdy wykonawca musiał składając ofertę wskazać ceny dla wszystkich 10 pozycji cenowych z załącznika 2.1 do formularza ofertowego, a wycena tych pozycji została dokonana pod konkretne uwarunkowania wynikające z dokumentów zamówienia. Przystępujący ZSIZ nie wyjaśnił, dlaczego informacje o wybranych elementach kalkulacji cenowej, przygotowanej na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia, miałyby w ogóle wskazywać na jakąś unikalną strategię budowania ceny przez Przystępującego. Przystępujący ZSIZ nie wskazał też, jaki rzeczywisty skutek mogłoby mieć poznanie tych informacji przez jego konkurentów, jak mogłyby one zostać wykorzystane, na jakie straty z tego tytułu Przystępujący mógłby zostać narażony.

W zakresie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dowodów załączonych do wyjaśnień, tj. dwóch ofert cenowych, Izba wskazuje, iż nie neguje tego, że w pewnych okolicznościach określone informacje o współpracy z podmiotem prywatnym mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, niemniej skuteczność zastrzeżenia ich poufności warunkowana jest działaniami podjętymi przez podmiot zastrzegający. Nie może być tu mowy o jakimkolwiek automatyzmie, prowadziłyby to bowiem do uznania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa z samego faktu, że ma określoną treść czy charakter, niezależnie od podjętych przez dysponenta tej informacji działań w celu jej ochrony. Przystępujący ZSIZ poza hasłowym stwierdzeniem, że *„materiał dowodowy zawiera dane pozwalające na zidentyfikowanie kontrahentów Wykonawcy, jak również uzyskane przez Wykonawcę ceny za usług, warunki handlowe oraz rabaty i upusty, które są wynikiem wieloletniej współpracy z podmiotami trzecimi”* nie przedstawił żadnej argumentacji, która wyjaśniałaby, jak faktycznie ujawnienie tych informacji mogłoby wpłynąć na sytuację Przystępującego, dlaczego ujawnienie tych informacji miałyby powodować umniejszenie jego przewagi konkurencyjnej. Izba stwierdziła przy tym, iż w załączonych do wyjaśnień ofertach cenowych nie ma informacji o rabatach czy upustach. Ponadto jeżeli Przystępujący ZSIZ chciał zastrzec np. nazwę swojego kontrahenta czy informacje odnoszące się do cen wskazanych w tych ofertach, to wystarczyło utajnić jedynie określone fragmenty dokumentów zawierające te wrażliwe (zdaniem Przystępującego) dane, a nie pełną treść tych dokumentów. W tym kontekście dodać także należy, że Przystępujący ZSIZ nie wykazał, aby faktycznie podjął środki w celu zachowania tego rodzaju informacji w poufności – nie przedstawił jakichkolwiek umów z podmiotami, których oferty załączył ani oświadczeń tych podmiotów, z których wynikałby obowiązek zachowania informacji zawartych w ofertach cenowych w poufności, obowiązek taki nie wynika również z treści załączonych do wyjaśnień ofert cenowych.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż Przystępujący ZSIZ nie wykazał, że względem zastrzeżonych informacji zachodzą w sposób kumulatywny przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., wobec czego zarzuty odwołania okazały się zasadne. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu uznanie za bezskuteczne w całości dokonanego przez Przystępującego ZSIZ zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 14 marca 2024 r. dotyczących wyliczenia ceny oraz w załączonych do tego pisma dowodach.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b 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 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Z uwagi na uwzględnienie odwołania Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w całości, zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18 769 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz dojazdu na rozprawę (169 zł), potwierdzone złożonymi do akt sprawy dokumentami.

Przewodnicząca:.....