Sygn. akt: KIO 591/24

WYROK
z dnia 11 marca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Justyna Tomkowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 marca 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 lutego 2024 roku**
przez wykonawcę **A+V Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Politechniki Wrocławskiej**
z siedzibą we Wrocławiu
przy udziale wykonawcy **SLX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**
w Komornikach (Przystępujący), zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie procesu badania i oceny ofert, w tym ujawnienie pełnej treści informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę SLX,
tj.: zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny;
2.kosztami postępowania obciąża **Przystępującego - SLX Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Komornikach** w następujący sposób**:**
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **A+V Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**tytułem wpisu od odwołania, a także kwotę
3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego **A+V Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **3 600 zł 00** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez Przystępującego **SLX Spółkę**
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Komornikach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2.zasądza od Przystępującego – **SLX Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością**
z siedzibą w Komornikach na rzecz Odwołującego - **A+V Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika

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

Przewodnicząca:
……

Sygn. akt KIO 591/24

UZASADNIENIE

Zamawiający:Politechnika Wrocławska z siedzibą we Wrocławiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Cyfryzację sal dydaktycznych Politechniki Wrocławskiej". Ogłoszenie o zamówieniu: z dnia 29.11.2023 nr 724803-2023

Dnia 22 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych
(t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" odwołanie złożył wykonawca A+V Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący").

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu dokonanie nieprawidłowej oceny i badania ofert, a w konsekwencji niezasadne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez SLX SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ (dalej „SLX") z siedzibą
w Komornikach, w szczególności nieprawidłowe uznanie, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 7.02.2024 zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że jako wykonawca znajdujący się na 2 miejscu w rankingu oceny ofert posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż zaniechania Zamawiającego skutkują niemożnością udzielenia zamówienia Odwołującemu, co spowoduje szkodę w postaci utraconych korzyści. Odmowa dostępu do pełnej treści wyjaśnień wykonawcy SLX implikuje brak możliwości skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej zostało przekazane Odwołującemu 12 lutego 2024 r., zatem termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP i

prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezasadną odmowę ujawnienia informacji zawartych wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 07.02.2024 r. pomimo że wykonawca SLX nie wykazał skuteczności zastrzeżenia tych informacji.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w tym ujawnienie pełnej treści informacji zastrzeżonych tajemnicą przez wykonawcę SLX tj.: zawartych
w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 07.02.2024 r.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że do upływu terminu składania ofert złożono dwie oferty:

1.SLX Sp. z o.o. cena 6 340 600,00 PLN.

2.A+V Sp. z o.o. cena 7 080 690,57 PLN.

Kwota przeznaczona na realizację zamówienia to: 9 105 832,25 PLN brutto.

Ze względu na wysokość zaoferowanej ceny Zamawiający zwrócił się do wykonawcy SLX z wnioskiem o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. W dniu 07.02.2024 wpłynęły do Zamawiającego wyjaśnienia, w których wykonawca podjął polemikę z prawidłowością oszacowania wartości zamówienia oraz odniósł cenę swojej oferty do pozostałych ofert. Powołał się na swoje wieloletnie doświadczenie, ilość realizowanych inwestycji oraz „poważne" podchodzenie do zadań. W części jawnej wyjaśnień nie znalazły się jednak żadne poparte dowodami argumenty uzasadniające zaoferowaną cenę. Wykonawca SLX w treści swoich wyjaśnień zastrzegł bliżej nieokreślone informacje jako „poufne".

Zarówno ustawa Pzp, akty wykonawcze do tej ustawy, jak i ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649) nie zawierają definicji informacji poufnych. Ponadto ustawa Pp nie uprawnia ani Zamawiającego ani wykonawcy do jakichkolwiek czynności czy zaniechań ze względu na ochronę informacji poufnych.

Definicję informacji poufnych znajdujemy w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi. Artykuł 3 pkt 52 wspomnianej ustawy odsyła w tym zakresie do art. 7 rozporządzenia 596/2014. Z kolei treść art. 7 rozporządzenia 596/2014 definiuje informacje poufne jako :

a)określone w sposób precyzyjny informacje, które nie zostały podane do wiadomości publicznej, dotyczące, bezpośrednio lub pośrednio, jednego lub większej liczby emitentów lub jednego lub większej liczby instrumentów finansowych, a które w przypadku podania ich do wiadomości publicznej miałyby prawdopodobnie znaczący wpływ na ceny tych instrumentów finansowych lub na ceny powiązanych pochodnych instrumentów finansowych;

b)w odniesieniu do towarowych instrumentów pochodnych, określone w sposób precyzyjny informacje, które nie zostały podane do wiadomości publicznej, dotyczące bezpośrednio lub pośrednio jednego lub większej liczby takich instrumentów pochodnych lub dotyczące bezpośrednio powiązanych kontraktów towarowych na rynku kasowym, a które

w przypadku podania ich do wiadomości publicznej miałyby prawdopodobnie znaczący wpływ na ceny takich instrumentów pochodnych lub powiązanych kontraktów towarowych na rynku kasowym, oraz gdy można zasadnie oczekiwać, że dane informacje zostaną ujawnione lub ich ujawnienie jest wymagane zgodnie z przepisami ustawowymi lub wykonawczymi na szczeblu unijnym lub krajowym, zasadami rynku, umową, praktyką lub zwyczajem, na odpowiednich rynkach towarowych instrumentów pochodnych lub rynkach kasowych;

c)w odniesieniu do uprawnień do emisji lub opartych na nich produktów sprzedawanych na aukcjach, określone w sposób precyzyjny informacje, które nie zostały podane do wiadomości publicznej, dotyczące, bezpośrednio lub pośrednio, jednego lub większej liczby takich instrumentów, a które w przypadku podania ich do wiadomości publicznej miałyby prawdopodobnie znaczący wpływ na ceny tych instrumentów lub na ceny powiązanych pochodnych instrumentów finansowych;

d)w przypadku osób odpowiedzialnych za realizację zleceń dotyczących instrumentów finansowych, oznacza to także informacje przekazane przez klienta i związane z jego zleceniami dotyczącymi instrumentów finansowych będącymi w trakcie realizacji, określone w sposób precyzyjny, dotyczące, bezpośrednio lub pośrednio, jednego lub większej liczby emitentów lub jednego lub większej liczby instrumentów finansowych, a które

w przypadku podania ich do wiadomości publicznej miałyby prawdopodobnie znaczący wpływ na ceny tych instrumentów finansowych, cenę powiązanych kontraktów towarowych na rynku kasowym lub cenę powiązanych pochodnych instrumentów finansowych.

Oczywistym jest, że wykonawca dokonał rażącego pomylenia pojęć w treści udzielonych wyjaśnień. Po zastrzeżeniu nieokreślonych informacji jako „poufnych" następuje przytoczenie nieaktualnej definicji ustawowej tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie stwierdzenie *„że przedstawione poniżej informacje posiadają wszelkie przymioty, które decydują o możliwości uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa."*

Odwołujący stanowczo podkreślił, że wykonawca SLX w żadnym miejscu swoich wyjaśnień nie zastrzegł jakichkolwiek informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Abstrahując od powyższego, że wykonawca SLX nawet nie próbował wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje „poufne" posiadają cechy tajemnicy przedsiębiorstwa. Przede wszystkim wykonawca ten zaniechał wykazania, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zawierają informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub

inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Już sam ten fakt implikuje nieskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, chociaż zastrzeżenia takiego wykonawca nawet nie próbował dokonać.

W związku z powyższymi okolicznościami można się pokusić o stwierdzenie, że zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie dokonał
w przedmiotowym postępowaniu wykonawca, lecz zrobił to Zamawiający. Tym samym Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne,
a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem
o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Przy tym, zgodnie
z regulacją ust. 3 tego przepisu, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji,
o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako 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.

Odwołujący kwestionuje sam charakter informacji. Wykonawca zastrzegł bowiem jako „poufne" informacje w *„zakresie stosowanej polityki wynagrodzeń spółki jak i pozostałych aspektów ujawnionych w piśmie oraz jego załącznikach stanowiących dowody na okoliczności podniesione w wyjaśnieniach."* Ogólnikowe określenie zastrzeganych informacji nie pozwala ustalić co i dlaczego jest zastrzegane. Jaką wartość gospodarczą mają „pozostałe aspekty ujawnione w piśmie" - tego nie wie najprawdopodobniej ani Zamawiający ani sam wykonawca. W ocenie Odwołującego wykonawca SLX nie wykazał wartości handlowej tych informacji,
tj. że w wyniku ich ujawnienia poniesie stratę, jak również nie wykazał, że dochował należytej staranności i podjął wystarczające działania celem zachowania tych danych w poufności. Jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią a wykonawca podjął działania celem zachowania tych danych
w poufności. Ważne jest przy tym, że Zamawiający nie może doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu, spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji. Ciężar wykazania tajemnicy spoczywa na wykonawcy, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. W ocenie Odwołującego wykonawca SLX nie wykazał, że podjął wystarczające działania celem zachowania danych w poufności.

Zgodnie z ugruntowanym obecnie orzecznictwem, aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa
w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla osiągnięcia tego celu nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. "Wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem "wykazania" należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (w tym wypadku informacje zastrzeżono jako „poufne"), ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Powyższy obowiązek jest w sposób szczególnie ważny dla wykazania,
że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, gdyż działania takie przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, itp.). W niniejszym postępowaniu wykonawca nie złożył adekwatnych dowodów potwierdzających podjęcie stosownych działań.

W ocenie Odwołującego zasadnicze błędy w złożonych uzasadnieniach tajemnicy przedsiębiorstwa to:

1.Brak określenia jakie konkretnie informacje wykonawca zastrzega;

2.Zastrzeżenie informacji jako „poufnych" a nie „tajemnicy przedsiębiorstwa";

3.Brak wykazania, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub są innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą;

4.Brak wykazania szkody w ujawnieniu informacji zastrzeżonych przez wykonawcę a więc wartości gospodarczej tych informacji;.

5.Brak wykazania, że wykonawca podjął stosowne działania celem zachowania danych w poufności – w zakresie wykazu osób i wyjaśnień tego dokumentu oraz wyjaśnień ceny oferty.

Zastrzeżenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako „poufnych" miało na celu jedynie uniemożliwienie oceny tych wyjaśnie przez pozostałych uczestników postępowania.

Naruszenie przepisów ustawy wpłynęło na wynik postępowania, gdyż uniemożliwiło wniesienie środków ochrony prawnej na okoliczność zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy SLX ze względu na wystąpienie rażąco niskiej ceny.

Z tych przyczyn Odwołujący wnosił jak na wstępie.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący wykazał, że posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej kwalifikowany możliwością poniesienia szkody.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca SLX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Komornikach. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący złożył oświadczenie o korzystaniu z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania

Odwołujący wiernie przytoczył elementy treści dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia sporu, w tym uzasadnienia zastrzeżenia informacji złożonego przez Przystępującego, nie zachodziła więc konieczność powielania i ponownego ustalania stanu faktycznego.

Biorąc pod uwagę zarzuty, żądania i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie w całości zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Przy tym, zgodnie z regulacją ust. 3 tego przepisu, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913, dalej jako „UZNK"), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp.

Z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika więc, 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 UZNK w odniesieniu do określonych informacji.

Przywołany art. 11 ust. 2 UZNK definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako 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. Odnosząc się do twierdzeń odwołania, z których wynika, że Przystępujący nie zastrzegł informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa ale wskazał jedynie, że mają one charakter poufny, Izba uważa, że Przystępujący w piśmie posługiwał się pojęciem „poufności danych" w rozumieniu potocznym. Z całego bowiem uzasadnienia zastrzeżenia informacji wynika, że Wykonawca traktuje katalog danych jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym twierdzenia odwołania nie zasługiwały na podzielenie, co nie wpływało na kształt sentencji niniejszego orzeczenia.

Na początku rozważań Izba zauważa, że badaniu podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba nie ocenia natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięciem Izby objęta jest odpowiedź na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Podkreślenia wymaga, iż to jakość i staranność uzasadnienia zastrzeżenia decyduje, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które co do zasady jest jawne, powstanie zbiór elementów, który może być traktowany jako informacje niejawne. To uzasadnienie zastrzeżenia potwierdzać ma zasadność objęcia określonego zbioru informacji i uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uzasadnienia wynikać ma, czy spełnione zostały przesłanki uznania danego rodzaju kategorii danych za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby Odwołujący słusznie zanegował zastrzeżenie informacji przedstawione przez Przystępującego z powodu niewykazania przesłanek umożliwiający traktowanie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Złożone przez

Przystępującego jest bardzo ogólne, wręcz lakoniczne i nie udowadnia, nawet nie uprawdopodobnia, że informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przedstawiając określoną wartość gospodarczą, że podlegają ochronie.

Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca wycenić informację i ująć ją w postaci danych o wymiarze finansowym, co nie zawsze należy utożsamiać
z koniecznością podania określonej wartości liczbowej. Istotne jest, by Wykonawca
w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji wyjaśnił w jakich elementach składanych zamawiającemu wyjaśnień ją upatruje, do jakich wymiernych elementów należy tę wartość odnosić. Wartość ta winna mieć niewątpliwie wymiar obiektywny. Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów.

Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia nie wyjaśnił, na czym polega ani w jaki sposób wymierny na jego pozycje na danym rynku przekłada się wartość zastrzeżonej informacji. Wykonawca powinien był wykazać, że zastrzegane informacje posiadają wartość gospodarczą, podczas gdy w kilku zdaniach o ogólnym charakterze odwołał się do wskazanego pojęcia i przywołał kilka tez orzecznictwa. Natomiast poglądy o konieczności realnego wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji wielokrotnie wyrażała Izba m.in. w wyrokach KIO 1091/19, KIO 59/21, KIO 720/21.

Uzasadnienie zastrzeżenia informacji w elemencie odnoszącym się do wartości gospodarczej tych informacji nie miało nawet ogólnego charakteru, nie konkretyzowało informacji na potrzeby prowadzonego postępowania o udzielenie zmówienia publicznego.

Nie jest rolą Zamawiającego dochodzenie, które informacje z szeregu przedstawionych
w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca uważa za przedstawiające rzeczywistą wartość gospodarczą i jak należy identyfikować tę wartość. To na Wykonawcy spoczywał obowiązek, zgodnie z którym miał On w uzasadnieniu zastrzeżenia dokonać wykazania przesłanek umożliwiających z uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa,
by Zamawiający bez większych problemów mógł te dane zidentyfikować. Przy czym Izba zgadza się, że wykazanie przesłanki wartości gospodarczej nie musi oznaczać podania konkretnej wartość. Może ono polegać na rzeczowym uzasadnieniu, złożeniu wyjaśnień,
w zależności od charakteru informacji bazowych – czyli wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wartość tę można omówić i wykazać w odniesieniu do każdej z zastrzeganych informacji.

Takich elementów uzasadnienie zastrzeżenia informacji złożone przez Przystępującego nie zawiera. Wykonawca w uzasadnieniu posługuje się kategoriami ogólnymi, wyraża przeświadczenie, że zastrzeżone informacje posiadają jakąś wartość gospodarczą. Zdaje się, że Wykonawca dopiero ponownie wezwany przez Zamawiającego, starał się naprawić niedoskonałości uzasadnienia zastrzeżenia i w piśmie z dnia 16 lutego 2024 roku odnosił się do każdego z elementów definicji pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa. Jednak takie działania należy uznać za spóźnione. Obowiązkiem Przystępującego było przedstawienie pełnego uzasadnienia wraz ze złożeniem wyjaśnień cenowych.

O ile można zgodzić się, że Przystępujący w uzasadnieniu podkreślił w jakich czynnikach upatruje wartości gospodarczej zastrzeganych informacji (*SLX posiada ogromne doświadczenie i ugruntowaną pozycję na rynku właściwym. Do każdego realizowanego zadania podchodzimy w sposób poważny, odpowiedzialny i profesjonalny, czego dowodem jest ogromna liczba zakończonych sukcesem postępowań przetargowych. Spółka posiada bazę zaufanych, profesjonalnych współpracowników z wieloletnim doświadczeniem, gwarantujących wykonywanie wszystkich czynności związanych z prowadzeniem postępowania przetargowego oraz realizacji zamówienia z najwyższą starannością. Spółka prowadzi działalność od ponad 18 lat w zakresie pokrywającym się przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności dostaw systemów multimedialnych. Wiedzę oraz doświadczenie w tym zakresie zdobywała w trakcie prowadzenia długoletniej działalności. W spółce powstaje rocznie ponad 80 pełnych projektów technicznych, wykonawczych o różnym stopniu skomplikowania systemów, z których wiele zostało z powodzeniem zrealizowanych.*),
to już nie wskazano w jaki sposób poznanie tych czynników może przełożyć się na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji i przede wszystkim umniejszenie wartości gdyby czynniki te poznali inni wykonawcy. Jak wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie
z dnia 28 kwietnia 2023 roku (sygn. akt XXIII Zs 24/23),*Warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazania, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne. Natomiast nie jest istotne, czy omawiana wartość jest wysoka, czy niska, ważne jest, aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji".*

Dalej dostrzeżenia wymaga, iż uzasadnienie zastrzeżenia nie odwołuje się do konkretnych elementów zawartych w wyjaśnieniach ceny ofertowej. Ogólne twierdzenia przywołane w uzasadnieniu można zastosować w każdym postępowaniu, każdorazowo podczas złożenia oferty, do wielu aspektów przedmiotowych oferty. Tymczasem Przystępujący winien był wykazać, które konkretnie informacje przedstawione w wyjaśnieniach kalkulacyjnych zasługują na ochronę i dlaczego tak jest. Izba nie znalazła przeszkód,
by w uzasadnieniu zastrzeżenia przywołać konkretne strony lub punkty złożonych wyjaśnień a stanowiące o wyjątkowym charakterze danych informacji. W ocenie Izby złożone uzasadnienie zastrzeżenia, że dane informacje stanowić powinny tajemnicę przedsiębiorstwa jest bardzo ogólne i enigmatyczne, nie zawiera odniesień do poszczególnych kategorii

informacji przedstawionych w samych wyjaśnienia.

Z drugiej strony dostrzeżenia wymaga, iż okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Przystępujący skalkulował cenę na potrzeby tego postępowania, jak określił nakłady do poniesienia, czy też jaką marżę zastosował w tym konkretnym postępowaniu, nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów Wykonawcy i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach
o udzielenie zamówienia. Pewną oczywistością jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Brak jest jednak podstaw do stwierdzenia, że określone dane zawarte w wyjaśnieniach faktycznie dawałyby innym wykonawcom możliwość ustalenia, jaką potencjalną cenę mógłby on zaoferować w innych postępowaniach.

W ocenie Izby stanowisko Przystępującego zostało oparte na ogólnych, subiektywnych stwierdzeniach, bez wskazania żadnych danych pozwalających na obiektywne zweryfikowanie jego przypuszczeń. Uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawiera hasłowe zapewnienia, których Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować. Zdaniem Izby samo uzasadnienie zastrzeżenia winno bowiem taką weryfikację umożliwiać. Przystępujący jako podmiot wielokrotnie biorący udział w procesie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego zdaje sobie sprawę, że zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa dopiero wtedy będzie skuteczne, gdy wykaże się wszystkie przesłanki określone w ustawie Pzp i UZNK. Wykazanie natomiast nie polega na „wskazaniu", że dana kategoria informacji posiada wartość gospodarczą.

Następnie dostrzeżenia wymaga, że Przystępujący zasygnalizował tylko, że *dostęp do informacji, którymi posługujemy się w niniejszych wyjaśnieniach posiadają tylko uprawnione do tego osoby, zajmujące kierownicze stanowiska w spółce. SLX podjął również wszelkie niezbędne kroki w celu zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa, które w sposób profesjonalny chronią skonkretyzowane dane przed ujawnieniem. Przygotowaniem wyceny zajmuje się wyłącznie osoba posiadająca odpowiednie kompetencje, która cenę i sposób jej przygotowania uzgadniała jedynie z członkami zarządu spółki. Żadne inne osoby nie miały wglądu w Tabelę ofertową*.

Za tym uzasadnieniem nie kryje się natomiast wykazanie przywołanych okoliczności. Przystępujący wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających w jaki sposób prowadzi w firmie politykę zachowania danych w poufności. Dopiero na posiedzeniu przed Izbą złożono wyciągi z umów handlowych o współpracę.

Taki materiał winien być złożony Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dowodzenie twierdzeń zamieszczonych w uzasadnieniu dopiero na posiedzeniu Izby należy uznać za spóźnione. Izba ocenia prawidłowość zachowań Zamawiającego.

Nie jest rolą Izby oceniać, czy Wykonawca skutecznie dokonał zastrzeżenia informacji.

Izba ocenić ma, czy Zamawiający prawidłowo zanalizował przedstawione mu uzasadnienie zastrzeżenia, także w kontekście wykazania przesłanki podjęcia odpowiednich kroków celem zachowania poufności informacji. Zamawiający natomiast uznał zasadność zastrzeżenia
i de facto swoje stanowisko podtrzymywał mimo uwzględnienia zarzutów odwołania (co wprost wynika z uzasadnienia przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie), choć Przystępujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów obrazujących w jaki sposób chroni informacje.

Końcowo, Izba uważa, iż Przystępujący nie wykazał także, że informacje znajdujące się w wyjaśnieniach mają charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny. Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia zaznaczył, że *Dane tam podane mają charakter danych handlowych, pokazują nie tylko wynegocjowane stawki, na których pracujemy, lecz także sposób wyliczenia ceny oferty*.

Do „wykazania" elementu stanowiącego część definicji danego pojęcia nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. „Wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania" należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia,
że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Przystępujący mógł odwołać się do konkretnych danych zamieszczonych w wyjaśnieniach, powołać się na złożone oferty handlowe, przedstawić jaki charakter łączy Przystępującego z poszczególnymi podwykonawcami, dlaczego określone informacje z punktu organizacyjnego są istotne dla przedsiębiorstwa Przystępującego. W uzasadnieniu natomiast bardzo enigmatycznie i skrótowo wskazano,
że w wyjaśnieniach ma miejsce pokazanie stawek i sposobu wyliczenia ceny.

Takie twierdzenia można odnieść do każdych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ponieważ na tym polega ich istota. Z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jednoznacznie wynika, że Przystępujący nie wykazał związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawieniem informacji zawartych w wyjaśnieniach cenowych z określoną, wymierną szkodą po jego stronie.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania w pełni zasługiwały na uwzględnienie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie procesu badania i oceny ofert, w tym ujawnienie pełnej treści informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę SLX,

tj.: zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku
w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Przystępującego.

Przewodnicząca:

……