Sygn. akt: KIO 458/24

WYROK

Warszawa, dnia 29 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia

City Parking Group S.A. w Gudziądzu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielnie zamówienia:

PM3D S.A. w Bydgoszczy

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego oraz zamawiającego koszty po: 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący:……..…...…….....

UZASADNIENIE

Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Zainstalowanie parkomatów do obsługi Strefy Płatnego Parkowania w Bydgoszczy wraz z prowadzeniem czynności techniczno-organizacyjnych związanych z ich kompleksowym serwisem, utrzymaniem i pobieraniem opłat za parkowanie w latach 2023 - 2033, numer referencyjny: 024/2023, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowy Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 121-382205 w dniu 27 czerwca 2023 roku (dalej Postępowanie). Przedmiot zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert oraz zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

W dniu 12 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy City Parking Group S.A. w Grudziądzu (dalej Odwołujący lub CPG) od niezgodnych z Ustawą czynności Zamawiającego.

Pismem z dnia 19 lutego 2024 r. złożonym w związku z wezwaniem Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia i udostępnieniem kopii odwołania, co miało miejsce 14 lutego 2024 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia PM3D S.A. w Bydgoszcz (dalej Przystępujący lub PM3D). Izba wobec zachowania terminu i wykazania spełniania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała zgłoszenie przystąpienia za skuteczne.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa wskazanych w treści odwołania. Czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 2 i 3 Ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) (dalej uznk) poprzez niezasadne uznanie, że część

informacji zawartych w piśmie wyjaśniającym brak rażąco niskiej ceny z dnia 5 stycznia 2024 r. (dalej Wyjaśnienia RNC) (wskazanych w odwołaniu w Załączniku nr 4 do odwołania) oraz dołączony do wyjaśnień załącznik nr 1 - Kalkulacja kosztowa Wykonawcy nie stanowią informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji podjął decyzję o ich odtajnieniu, podczas gdy informacje te przedstawiają szczegóły kalkulacji ceny przyjętej przez Odwołującego (w tym marżę), informacje co do ofert kontrahentów, podwykonawców i dostawców, a także informacje o zasobach kadrowych i zasadach wynagradzania Odwołującego, stanowiąc przez to informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa, które posiadają wymierną wartość gospodarczą i nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, a które są chronione przez Odwołującego poprzez podejmowane działania w celu utrzymania ich w poufności, co Odwołujący wyczerpująco i w sposób kompleksowy uzasadnił w Oświadczeniu o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 5 stycznia 2024 r.(Oświadczenie o zastrzeżeniu) zastrzegając ww. informacje i dokumenty jako tajemnica przedsiębiorstwa, do którego to uzasadnienia Zamawiający nie odniósł się merytorycznie, opierając swoją decyzję wyłącznie na założeniu, że informacje dotyczące kalkulacji ceny nie podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 1 lutego 2024 r. dotyczącej odtajnienia części informacji i dokumentów zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa (w zakresie wskazanym w treści odwołania) i nakazanie Zamawiającemu utrzymanie w poufności informacji: a) zawartych w piśmie wyjaśniającym brak rażąco niskiej ceny z dnia 5 stycznia 2024 r. w zakresie informacji zakrytych przez Odwołującego kolorem czerwonym (kalkulacja ceny, w tym marża), żółtym (zaplecze kadrowe) oraz szarym (oferty podwykonawców) w Załączniku nr 4 do niniejszego Odwołania, b) zawartych w Załączniku nr 1 do ww. wyjaśnień tj całej kalkulacji kosztowej Odwołującego.

Odwołujący w odwołaniu opisał przesłanki uznania informacji za stanowiąca tajemnice przedsiębiorstwa na gruncie uznk. Powołał się na uzasadnienie zastrzeżenia poufności zawarte w Oświadczeniu o zastrzeżeniu zaznaczając, że opisał tam stan faktyczny i wykazał przesłanki zastrzeżenia informacji jako poufnych. Powoływał się również na uzasadnienie informacji Zamawiającego o odtajnieniu części informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa z dnia 1 lutego 2024 r. (dalej Informacja o odtajnieniu) wskazując jej niedostateczne uzasadnienie. Przywoływał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądu powszechnego zamówień publicznych referujących do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutów. Wskazywał, że Odwołujący składając odwołanie i zastrzegając informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie sprostał ciężarowi wykazania istnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk. Odwołał się do Informacji o odtajnieniu, Wyjaśnień RNC oraz Oświadczenia o zastrzeżeniu.Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Strony i uczestnik wnosili o dopuszczenie dowodów z dokumentów Postępowania, w szczególności wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Wyjaśnień RNC, Oświadczenia o zastrzeżeniu, Informacji o odtajnieniu. Powoływali się na szereg stanowisk judykatury oraz zmieniające się stanowiska procesowe Odwołującego i Przystępującego w innych sprawach.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentacji Postępowania i uwzględniając stanowiska i oświadczenia stron zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie uznała, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego wskazanych odwołaniem przepisów. Nie wykazał, że w świetle uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy informacji i wyjaśnień rażąco niskiej ceny Informacja o odtajnieniu jest nieprawidłowa i narusza Ustawę.

Izba stwierdza, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny. Sporna była ocena prawidłowości oceny oświadczeń i dokumentów dokonana przez strony.

Izba ustaliła, w oparciu o dokumenty postępowania bezsporne okoliczności, że:

1. W ramach Postępowania zostały złożone cztery oferty, w tym oferta Odwołującego o łącznej wartości 49 181 946,06 zł brutto, w tym w zakresie zamówienia podstawowego: 27 025 439,46 zł brutto oraz za wykonanie zamówienia wynikającego z opcji: 22 156 506,60 zł brutto.
2. W trakcie badania i oceny ofert Zamawiający wezwał w dniu 12 grudnia 2023 r. Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wyliczenia ceny w związku z faktem, że cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

3. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący złożył w dniu 5 stycznia 2024 r. Wyjaśnienia RNC wraz z załącznikami oraz równocześnie, w osobnym piśmie Oświadczenie o zastrzeżeniu, w którym wskazał, że informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny przedstawione Wyjaśnieniach RNC począwszy od Sekcji II do końca Wyjaśnień RNC oraz załączniki nr 1-20, 25-30, 32-36, 38-39, 41-44, 46-52, w tym: kalkulacja kosztowa wskazująca na sposób kalkulacji prac, przyjęte założenia (w tym marżę), oferty otrzymane od potencjalnych podwykonawców lub poddostawców i ich nazwy, faktury, oświadczenia, protokoły, a także informacje o zasobie kadrowym zaangażowanym przez Odwołującego do realizacji zamówienia w przypadku jego uzyskania, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.
4. Jako uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący w Oświadczeniu o zastrzeżeniu przywołał przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa określone uznk, oświadczając, że zastrzeżone treści Wyjaśnień RNC wraz z załącznikami przedstawiają nie tylko szczegółową kalkulację cenową, która obrazuje politykę cenową Wykonawcy, ale także zawierają informacje o: „wysokości stosowanej przez Wykonawcę marży, ryzyk jakie Wykonawca bierze pod uwagę przy sporządzaniu oferty i wysokości kwot stanowiących zabezpieczenie na wypadek wystąpienia określonych ryzyk, pracownikach Wykonawcy, poziomu i zasad kształtowania wynagrodzenia pracowników Wykonawcy, rodzaju wyposażenia przedsiębiorstwa i jego potencjału technicznego, przyjętych zasad i warunków współpracy z partnerami biznesowymi Wykonawcy, informacji o charakterze organizacyjnym dotyczącym współpracy z partnerami biznesowymi Wykonawcy. Podobnie jak dla innych przedsiębiorców funkcjonujących na rynku, dla Wykonawcy ww. informacje ujęte w wyjaśnieniach i załącznikach stanowią obiektywną wartość gospodarczą. bogatą wiedzę o firmie i stosowanej przez nią polityce finansowej, organizacyjnej i handlowej, potencjale technicznym, warunkach współpracy z partnerami biznesowymi, których ujawnienie każdej z osobna lub łącznie, może istotnie zaszkodzić prowadzonej przez Wykonawcę działalności gospodarczej. Informacje zawarte w ww. zakresie wskazują na działania organów Spółki o charakterze wewnętrznym, obszar i zasady współpracy oraz warunki zawartych umów z partnerami handlowymi oraz przyjętą przez Wykonawcę strategię budowania oferty, wskazując jednocześnie na zakres potencjału posiadanego przez Wykonawcę. Pozyskanie przez inne podmioty tak obszernych informacji o Wykonawcy, warunkach współpracy z partnerami biznesowymi, warunkach pracy oraz jego polityce cenowej, dawać może nieuprawnioną przewagę konkurentom na rynku pozwalając im przewidzieć strategię i zachowania Wykonawcy w prowadzonej działalności, w szczególności strategię i zachowania w innych przetargach. Ponadto, pozyskanie przez konkurencyjnych przedsiębiorców informacji o partnerach handlowych Wykonawcy jak i przyjętych warunkach współpracy, może umożliwić im próbę nawiązania tego rodzaju relacji na analogicznych warunkach i osłabić aktualną pozycję rynkową Wykonawcy. Wypracowanie takich relacji gospodarczych, znalezienie na rynku krajowym czy zagranicznym partnerów biznesowych, pozwalających na prowadzenie własnymi siłami tego rodzaju przedsięwzięć jest własnym osiągnięciem Wykonawcy, które decyduje o jego pozycji rynkowej, możliwościach i przewadze nad innymi podmiotami. Pozyskane przez lata relacje biznesowe mają bardzo dużą wartość gospodarczą, równą kosztom jakie Wykonawca musiałby ponieść aby ponownie takie relacje utworzyć (znaleźć potencjalnego partnera, zweryfikować jego rzetelność, ustalić warunki współpracy etc.). Jednocześnie wskazać należy, iż niektórzy podwykonawcy przedłożyli konkurencyjne oferty w toku niniejszego postępowania także innym Wykonawcom składającym ofertę Zamawiającemu. Odtajnienie przedmiotowych załączników spowoduje zachwianie także rynku podwykonawców, którzy lepsze cenowo oferty przedłożyli tylko wybranym Wykonawcom. Ze szczególnym naciskiem Wykonawca, zwraca uwagę na fakt, że dokumenty załączone do Wyjaśnień cenowych (jako załączniki numer 2 — 5, 7- 8, 10, 12 — 18, 20, 25 — 30, 32 — 36, 38 — 39, 41 — 43 oraz 46 — zawierają informacje oraz dane, które zostały wypracowane z kontrahentami celem zaoferowania konkurencyjnej oferty w niniejszym postępowaniu. Jak zostało to już powyżej wyjaśnione, odtajnienie przedmiotowych dokumentów może narazić Wykonawcę oraz jego kontrahentów na niepowetowaną szkodę oraz zaburzyć panujące dotychczas relacje na rynku firm z branży parkingowej. Informacje te składają się bowiem na określoną wartość firmy Wykonawcy, obejmującą nie tylko zbiór określonych składników majątkowych (bazy sprzętowej) oraz stabilnego i sprawdzonego zespołu pracowników, ale także zbioru kontaktów pozwalających na optymalny dobór metod wykonania tego a także innych przedsięwzięć — relacji, które wymagały wiedzy i lat poszukiwania różnych kontaktów na świecie, by nawiązać określoną współpracę z godnymi

zaufania partnerami w prowadzonej działalności. W sekcji III Wyjaśnień cenowych zawarte zostały precyzyjne wyliczenia wraz ze wskazaniem metodologii wyliczeń oraz argumentacją Wykonawcy w zakresie stosowanych rozwiązań. Ujawnienie przedmiotowych danych innym Wykonawcom pozwoli poznać budowane przez wiele lat know-how Spółki oraz strategię biznesową. Wypracowanie rozwiązań oraz zatrudnienie wykwalifikowanej kadry jest efektem wieloletniej działalności Spółki, a ujawnienie tych danych mogłoby narazić Spółkę na znaczącą szkodę majątkową, w tym poprzez udostępnienie podmiotom trzecim informacji w zakresie stosowanych metod, sposobów kalkulacji ceny oraz informacji dotyczących pracowników (poszukiwanych na rynku z uwagi na ich doświadczenie i kompetencje). W ten sposób przyjęte metody sporządzania oferty przestałby być tajemnicą przed konkurencją, która mogłaby podjąć próby powielenia strategii Wykonawcy, przejęcia jego zasobów kadrowych czy nawiązanie relacji z kontrahentami Wykonawcy. Wykonawca poniósłby szkodę majątkową równą kosztom zbudowania od nowa podobnych relacji czy zmiany sposobu działania. W treści wyjaśnień zawartych w sekcji III wskazane zostały również nazwy oraz firmy kontrahentów z którymi współpracuje Wykonawca jak również oferowane przez nich ceny. Pozyskanie przez konkurencyjnych przedsiębiorców informacji o partnerach handlowych Wykonawcy jak i przyjętych warunkach współpracy, może umożliwić im próbę nawiązania tego rodzaju relacji na analogicznych warunkach i osłabić aktualną pozycję rynkową Wykonawcy. Biorąc powyższe pod uwagę, wszystkie zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje mają realną wartość gospodarczą. Wymaga przy tym podkreślenia, że wartość ta nie musi być oszacowana w pieniądzu w konkretnej kwocie, bowiem wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej „ Dalej wykonawca przywołał szereg uzasadnień wyroków Krajowej oraz wyjaśnień poszczególnych kategorii zastrzeganych informacji z odwołaniem się do możliwości ustalenia kręgu jego kontrahentów, których dane zostały utrzymane przez Zamawiającego jako skutecznie zastrzeżone;

5.Zamawiający pismem z dnia 1 lutego 2024 r. – Informacja o odtajnieniu - odtajnił część informacji i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w ramach treści Wyjaśnień RNC tj. w zakresie:

- znaczącej części Wyjaśnień RNC od sekcji II do końca, za wyjątkiem informacji wskazanych w Informacji o odtajnieniu jako uznanych za skutecznie zastrzeżone poprzez zakrycie tych informacji kolorem czarnym w Wyjaśnieniach RNC oraz
- całości załącznika nr 1 do Wyjaśnień RNC w postaci Kalkulacji kosztowejWykonawcy (treść pozostałych załączników pozostała zastrzeżona)

6.Zamawiający w zakresie treści Wyjaśnień RNC nie odtajnił:

- nazw potencjalnych podwykonawców, poddostawców, oferentów,
- nazw oferowanych urządzeń,
- liczby oddelegowanych pracowników do wykonania montażu wraz z liczbą godzin jaką zamierza poświecić na montaż objętych zamówieniem 326 sztuk parkomatów i tabelą z wyliczeniem kosztów, której dane pozwoliłyby na ustalenie liczby zastrzeżonych skutecznie liczby pracowników i liczby godzin (tutaj Izba stwierdza, że dane co do liczby pracowników utraciły walor tajności wobec ujawnienia tej liczby w trakcie rozprawy, ze wskazaniem przez Zamawiającego, że ujawnienie ich uzasadnione jest wskazaniem, że liczba ta odpowiada minimalnej liczbie zastrzeżonej SWZ a więc konieczna jest dla oceny czy oferta jest zgodna z SWZ)
- liczby oddelegowanych oświadczeniem Działu HR pracowników do przeprowadzenia szkoleńoraz do przeprowadzania napraw (tutaj bez utajnienia tabel zawierających wyliczenie kosztów pracy pracowników
- nazw oferowanych żetonów do parkomatów
- nazw licencji oraz modułów usług procesowania transakcji bankowych
- założonej przez Odwołującego średniej miesięcznej ilości sztuk papieru do parkomatów
- liczbę pracowników oddelegowanych przez Dział HR do zmiany oprogramowania wraz z tabelą zawierającą wyliczenie kosztu pracy pracowników, w tym wynagrodzenie i stawki oraz wraz z uzasadnieniem założenia liczby, stawek oraz częstotliwości usługi
- założenia wyliczenia kosztów zmiany oprogramowania wraz z tabelą zawierająca wyliczenie (w tym liczbę pracowników, liczbę godzin i zmian oraz stawek wynagrodzenia)
- liczbę zużywanych rolek ręczników papierowych do czyszczenia parkomatów wraz z utrzymaniem w czystości chorągiewek
- części wyjaśnień kalkulacji kosztów kolekcji urządzeń do poboru opłat zawierającą szczegółową kalkulację i wyjaśnienie łącznego miesięcznego kosztu kolekcji gotówki z parkomatów

- części wyjaśnień kalkulacji kosztów prowizji od wpłat zawierającą szczegółową kalkulację i wyjaśnienie łącznego miesięcznego kosztu tej usługi
- części wyjaśnień kalkulacji kosztów floty samochodowej zawierającą szczegółową kalkulację i wyjaśnienie łącznego miesięcznego kosztu tej usługi
- części wyjaśnień kosztów serwisu , bieżącej eksploatacji oraz utrzymania zawierającą szczegółową kalkulację i wyjaśnienie kosztu papieru do drukarek w tym także w zakresie liczby papieru oraz zawierającej szczegółową kalkulację i wyjaśnienie kosztu z uwzględnieniem prowizji e-sklepu
- części wyjaśnień kalkulacji kosztów serwisu , bieżącej eksploatacji oraz utrzymania w stałej sprawności samochodu zawierającą szczegółową kalkulację i wyjaśnienie łącznego miesięcznego kosztu tej usługi z uwzględnieniem składowych tego kosztu
- liczby oddelegowanych oświadczeniem Działu HR pracowników do demontażu parkomatów wraz z liczba zakładanych godzin demontażu
- części wyjaśnień kalkulacji kosztu ogólnego transportu związanego z demontażem parkomatów
- części wyjaśnień kalkulacji kosztów aplikacji kontrolerskiej zawierającą szczegółową kalkulację i wyjaśnienie tego kosztu
- części wyjaśnień kalkulacji kosztów dostawy i uruchomienie systemu sprzedażowo – kasowego zawierającą szczegółową kalkulację i wyjaśnienie tego kosztu
- części wyjaśnień kalkulacji kosztów dostawy i uruchomienia stanowisk nadzoru nad systemem oraz stanowisk kasowych w zakresie szczegółowych składowych tego kosztu
- części wyjaśnień kalkulacji kosztów dostawy urządzeń kontrolerskich służących do weryfikacji opłat w zakresie szczegółowych założeń ilościowych
- części wyjaśnień kalkulacji kosztów zamówienia w ramach opcji w zakresie uzasadnienia kosztów ryzyka

7. Zamawiający jako uzasadnieniu Informacji o odtajnieniu przywołał zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz obowiązek dokonania oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę z uwzględnieniem obiektywnych przesłanek i koniecznością zapewnienia pozostałym uczestnikom postępowania możliwości weryfikacji sposobu i prawidłowości wyliczenia badanej ceny ofertowej oraz wskazał, w odniesieniu do informacji ocenionych jako niezasługujące na zastrzeżenie ich tajemnicy, że brak jest uzasadnienia dla ich zastrzeżenia w świetle udzielonych Wyjaśnień RNC oraz przywołanych stanowisk prawnych wobec tego, że kosztorys i ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny zawarte w załączniku lub samych Wyjaśnieniach określone zostały na podstawie innych szczegółowych nie ujawnionych kosztów, co nie pozwala wywnioskować jakie czynniki zdecydowały o ustaleniu takiego, a nie innego kosztu elementu składowego zamówienia oraz, że Zamawiający podkreślił, że dla uznania żądania „warunkiem koniecznym do uznania, czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest posiadanie przez taką informację wartości gospodarczej. Tym samym, nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Słusznie przyjmuje się, że uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania weryfikację konkurencyjnych ofert i dokumentów i musi być ograniczone do wypadków rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Przyjmuje się ponadto, że Wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności i muszą mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym Prawem zamówień publicznych. Transparentność tych procedur stwarza konieczność ujawnienia szeregu informacji o swojej działalności. Mogą być to zatem informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wolałby nie upubliczniać, jednak nie daje to jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z nich stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. „ (...) „W szczególności objęcie tajemnicą danych, jakie Wykonawcy przyjmują do kalkulacji, i które służą do wyliczenia oferowanej ceny, jest bezpodstawne. Cena w postępowaniu jest jawna, a tym samym jej składowe nie korzystają z zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego, nie ma obiektywnego uzasadnienia dla twierdzeń, że np. odtajnienie modelu kalkulacji ceny zawartego w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, spowoduje poznanie know-how Wykonawcy, czy też może wpłynąć na osłabienie pozycji Wykonawcy na rynku. ZDMiKP w Bydgoszczy, może zostać zobowiązane do udostępnienia dokumentów lub ich części, które z uwagi na ich **ogólny charakter** nie powinny być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. „

8. Odwołujący złożył odwołanie od części odtajnionych przez Zamawiającego informacji, tj. zaskarżył decyzję

Zamawiającego jako naruszającą Ustawę jedynie w zakresie odmowy uznania za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa danych z

- wszystkich tabelek zawierających kalkulację kosztów oraz w tekście danych liczbowych, składowych i wyników, które zapisane były także w tabelkach
- danych liczbowych użytych w tekście – liczby pracowników, liczby roboczogodzin lub godzin świadczenia usług, liczby urządzeń oraz cen jednostkowych i wynikowych
- sposobu wyliczenia kosztu ubezpieczenia
- sposobu wyliczenia kosztu transportu
- danych dotyczących marży
- linku do oferty potencjalnego dostawy z allegro
- całości kosztorysu wykonawcy stanowiącego załącznik nr 1 do Wyjaśnień RNC

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 18 Pzp: 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

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

Zgodnie z art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. W art. 18 ust. 3 Pzp ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa", czyli udowodnił, że w stosunku do tych informacji ziściły się przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Powyższa zasada wykazania przesłanek nie doznaje ograniczenia w świetle art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i znajduje potwierdzenie w rozstrzygnięciu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE") z dnia 17 listopada 2022r., o sygn. akt C-54-21 (Antea Polska), które jedynie wskazało na możliwość zastrzegania tajemnicy nie tylko w stosunku do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk, lecz również innych które mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym wykonawcy. Tutaj jednak powstaje potrzeba wykazania możliwości naruszenia interesów handlowych wykonawcy i możliwości zakłócenia konkurencji w wyniku ujawnienia zastrzeganej informacji, co jednak nie było przedmiotem Oświadczenia o zastrzeżeniu i odwołania.

W ocenie Izby Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji w świetle uznk, w tym również że Wyjaśnienia RNC w świetle uzasadnienia zastrzeżenia tajności pozwalały na ustalenie, że zastrzegane i objęte zakresem zarzutu informacje pozwalały ustalenie metodologii działania Odwołującego dającej potencjalną chociażby przewagę na rynku innym wykonawcom lub mogły zakłócić konkurencję, co powoduje, że decyzji Zamawiającego o ich odtajnieniu nie sposób postawić zarzutu naruszenia Ustawy. Dodatkowo Zamawiający uzasadniając decyzję o odtajnieniu prawidłowo wskazał motywy i podstawę podjętej czynności, doprecyzował, że odtajnienie modelu kalkulacji ceny, w kształcie w jakim zawarty był w treści Wyjaśnień RNC nie powoduje poznania know-how wykonawcy i nie może wpłynąć na osłabienie pozycji wykonawcy na rynku oraz, że Zamawiający może zostać zobowiązany do udostępnienia dokumentów lub ich części a te z uwagi na ich ogólny charakter nie powinny być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba podzieliła w zakresie oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przez Odwołującego w ramach Postępowania stanowisko Zamawiającego odmawiające uznania ich za wystarczające. Izba uznała, że w Oświadczeniu o zastrzeżeniu nie wykazano przesłanek uznk a charakter części informacji nie pozwala w ogóle na ich zastrzeżenie.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał i uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie pozwala na stwierdzenie, że

informacje, co do których Odwołujący domaga się utajnienia (z uwzględnieniem zakresu informacji, co do których Zamawiający nie odtajnił ich treści, w szczególności po utajnieniu danych potencjalnych dostawców podwykonawców oraz części danych liczbowych) powodowały lub mogły spowodować zakłócenia konkurencji, dawały przewagę wykonawcom, w tym także by pozwalały na określenie i przewidzenie sposobu ustalania cen lub innych wskaźników w przyszłych postępowaniach lub dało przewagę w niniejszym.

W ocenie Izby treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w Oświadczeniu jest ogólnikowa i uniwersalna, w tym znaczeniu, że mogłaby w zasadzie (poza firmą Odwołującego) być wykorzystana w treści dowolnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez dowolnego innego wykonawcę w każdym postępowaniu. Uzasadnienie zawiera wyłącznie deklaracje o posiadaniu przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej, wpływie na zakłócenie konkurencji lub wartości handlowej, bez doprecyzowania na czym ona polega w świetle treści konkretnych dokumentów i zastrzeganych informacji (z uwzględnieniem zakresu, jaki został przez Zamawiającego uznany za skutecznie zastrzeżony) i bez wykazania choćby tego, na czym miałaby polegać strata grożąca Odwołującemu w razie ujawnienia tych informacji czy też zakłócenie konkurencji. Same deklaracje czy oświadczenia, nie stanowią „wykazania", o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp. Ponad to Oświadczenie o zastrzeżeniu ani odwołanie w żaden sposób nie uzasadniają objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych konkretnych danych, których odtajnienie Odwołujący kontestuje. Ogólnikowość zastrzeżenia tajemnicy nie pozwala na ustalenie w jaki sposób ujawnienie tych danych dałoby przewagę konkurencji lub naruszyło konkurencyjność w Postępowaniu lub na rynku innym wykonawcom, czy pozwoliło na przewidzenie sposobu ofertowania i kalkulacji ceny w innych postępowaniach.

Izba uznała również, że opis przyjętych procedur zabezpieczających przed ujawnieniem informacji poufnych u Odwołującego jest ogólnikowy i zabrakło tutaj elementu wykazania zastosowania i wdrożenia tychże w odniesieniu do konkretnych zastrzeganych informacji objętych Wyjaśnieniami RNC. W ocenie Izby nie jest wystarczającym dla wykazania przedsięwzięcia działań niezbędnych w celu zachowania w poufności informacji zastrzeganych:

- powołanie ogólnych zasad lub bliżej niesprecyzowanych dokumentów, w tym również w postaci oświadczeń o zachowaniu w poufności tajemnicy przedsiębiorstwa, jakie podpisywane są przez pracowników Odwołującego odnoszących się do obowiązków określonego zachowania i obejmowania tajemnicą informacji, które na to zasługują bez wskazania nawet konkretnych źródeł tych obowiązków,

- przedstawienie oświadczeń o obowiązku zachowania w poufności informacji zawierających tajemnice przedsiębiorstwa paru osób, które zaangażowane były w przygotowanie oferty Odwołującego w Postępowaniu lub treści Wyjaśnień RNC; szczególnie, że brak jest jakiejkolwiek informacji o kręgu osób uprawnionych do pozyskiwania informacji zawierających zastrzegane tajemnice przedsiębiorstwa a także podstawy ich zatrudnienia.

Tutaj Izba wskazuje, że zastrzeżenie tajemnicy w odniesieniu do wybranych danych objętych Wyjaśnieniami RNC musiałoby się odnosić nie tylko do przygotowania oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny, lecz także do danych źródłowych na podstawie, których kalkulowano cenę i informacji objętych Wyjaśnieniami RNC, czego nie wskazano ani nie wykazano.

Oświadczenie o zastrzeżeniu ani odwołanie nie wskazuje i nie wykazuje również, że obowiązkiem zachowania tajemnicy obciążono wszystkie osoby zaangażowane w przygotowanie oferty, kalkulacje ceny i jej wyjaśnienia ani tym bardziej, że obowiązywało także osoby mające dostęp do wszystkich informacji, które zastrzeżone zostały Oświadczeniem o zastrzeżeniu, w tym również w zakresie ograniczonym odwołaniem.

Tutaj Izba wskazuje, że załączone do Oświadczenia o zastrzeżeniu zobowiązania do zachowania informacji w tajemnicy dotyczyły: wyłącznie jednego pracownika, jednego współpracownika i jednego członka zarządu Odwołującego, odnosiły się wyłącznie do zachowania w tajemnicy Wyjaśnień RNC i wiązały od 15 grudnia 2023 r. oraz wyłącznie jednego pracownika, odnosiły się wyłącznie do zachowania w tajemnicy oferty i wiązały od 30 września 2023 r. Tym samym nie obejmowały danych źródłowych ani okresu poprzedzającego.

Obowiązek zachowania w poufności treści oferty i Wyjaśnień RNC pozostaje bez wpływu na ocenę kwestionowanego zachowania Zamawiającego wobec nie wykazania przez Odwołującego przedsięwzięcia działań mających na celu zachowanie w tajemnicy całości informacji zastrzeżonych a także przesłanki wartości gospodarczej, handlowej lub zakłócenia konkurencji na skutek odtajnienia zastrzeganych informacji w odniesieniu do wszystkich kategorii zastrzeganych dokumentów/ informacji, co do których Zamawiający uznał, że nie zostały skutecznie zastrzeżone.

Izba poddała także analizie zastrzeżone informacje w świetle uzasadnienia Oświadczenia o zastrzeżeniu i nie znalazła w nich uzasadnienia pozwalającego na ocenę, że informacje zastrzeżone pozwalają na zbudowanie przewagi rynkowej innym podmiotom lub spowodują zakłócenia konkurencji. Izba stwierdza, że brak w tym zakresie argumentów w Oświadczeniu o zastrzeżeniu. Ponad to część zastrzeżonych danych pochodzi bezpośrednio z SWZ i tym samym są jawne (w zakresie danych wskazanych przez Zamawiającego na rozprawie) lub ma charakter ogólnikowy i blankietowy lub nie pozwala na przewidzenie:

- jakie decyzje zostaną podjęte przez Odwołującego w przyszłości w innych potencjalnych postępowaniach lub

- jak utrudnić one mogłyby uzyskanie zamówienia w niniejszym Postępowaniu lub jak wpłynąć na zakłócenie konkurencji czy ustalić metodologię pozwalającą na budowanie przewagi rynkowej przez innych wykonawców

- w jaki sposób miałby zachwiać konkurencję na rynku.

Odnosząc się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawieC-54/21 i związanej z tym argumentacji, jeszcze raz Izba podkreśla, że wyrok ten nie zmienił treści art. 18 ust. 3 PZP, czyli wymogu „wykazania" przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest to zgodne z art. 21 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „dyrektywa klasyczna"), w którym przewidziano obowiązek nieujawniania przez zamawiającego „informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne", o ile „nie przewidziano inaczej (…) w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji". Tym samym obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pozostaje aktualny. Trybunał potwierdził to także w pkt 65 ww. wyroku, w którym stwierdził: „*W tym względzie należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter".*

Trybunał wskazał też na konieczność wyważenia między poufnością a realizacją uzasadnionych interesów innych wykonawców. Wynika to w szczególności z pkt 50 ww. wyroku, w którym wskazano: „*Niemniej zasadę ochrony informacji poufnych trzeba pogodzić z wymogami skutecznej ochrony sądowej. W tym celu należy dokonać wyważenia zakazu określonego w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 oraz ogólnej zasady dobrej administracji, z której wynika obowiązek uzasadnienia. Owo wyważenie powinno uwzględniać w szczególności okoliczność, że w braku wystarczających informacji umożliwiających sprawdzenie, czy decyzja instytucji zamawiającej dotycząca udzielenia zamówienia jest obarczona ewentualnymi błędami lub jest bezprawna, odrzucony oferent nie będzie miał w praktyce możliwości skorzystania w odniesieniu do takiej decyzji z prawa do skutecznego środka prawnego (…)".*

Biorąc zatem pod uwagę zarówno przepisy uznk, Pzp oraz dyrektywy klasycznej, jak i stanowisko Trybunału wyrażone w ww. wyroku, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie tylko nie wykazał, że zastrzeżone i ujawnione przez Zamawiającego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ale też nie wykazał, aby ujawnienie tych informacji mogło realnie zakłócić konkurencję i wpłynąć na warunki prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Natomiast nieujawnienie tych informacji z pewnością zamyka innym wykonawcom drogę do wiedzy, która pozwolić może na ocenę składanej przez Odwołującego oferty, co stanowi naruszenie art. 16 Pzp.

Izba wskazuje również, że zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 Ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym jako stronie inicjującej postępowanie odwoławcze. Niesprostanie przez odwołującego ciężarowi dowodu skutkuje oddaleniem odwołania. Za niewystarczające należy uznać przedstawienie dowodów, które jednoznacznie nie potwierdzają twierdzeń odwołującego stanowiących podstawę sformułowanych zarzutów, a jedynie skutkują zaistnieniem wątpliwości w tym zakresie. W niniejszej sprawie brak było dowodów wykazujących zasadność zastrzeżenia tajemnicy jak też wyjaśnień pozwalających na uznanie, że informacja spełnia przesłanki uznania jej za skutecznie zastrzeżoną również już na etapie Postępowania.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców", co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący ...……..