

WYROK

Warszawa, dnia 25 lutego 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 30 stycznia 2025 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **DGP Clean Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, CTG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, 7 MG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Politechnikę Opolską w Opolu** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy **ABC- Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 20 stycznia 2025 roku tj. wyboru oferty wykonawcy **ABC- Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** jako najkorzystniejszej w postępowaniu o zamówienie na „Kompleksowe utrzymanie porządku i czystości w obiektach Politechniki Opolskiej”.

Nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i ofert, w tym udostępnienie w całości przedstawionych przez wykonawcę **ABC- Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** wyjaśnień ceny oferty złożonych za pismem z dnia 15 stycznia 2025 roku w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Politechnikę Opolską w Opolu** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **DGP Clean Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, CTG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, 7 MG spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy tytułem wpisu od odwołania, kwotę 4 428,00 zł (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **DGP Clean Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, CTG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, 7 MG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

- 2.2. zasądza od zamawiającego **Politechniki Opolskiej w Opolu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **DGP Clean Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, CTG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, 7 MG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **DGP Clean Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, CTG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, 7 MG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy** stosowanie do wyniku postępowania.

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

Zamawiający **Politechnika Opolska w Opolu** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Kompleksowe utrzymanie porządku i czystości w obiektach Politechniki Opolskiej” Nr postępowania: ZP/U/60/2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 720079-2024 w dniu 26 listopada 2024 r. (Numer wydania Dz.U. S. 230/2024)

30 stycznia 2025 roku Odwołujący działając na podstawie art. 501 ust.1 w zw. z art. 513 pkt. 1 i pkt 2, art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024 poz. 1320 ze zm. dalej: „Pzp” lub „ustawa”), wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, podjętych w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ABC- Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Bolesławiecka 15, 53-614 Wrocław NIP: 8980012191, KRS: 0000145258 (dalej: „Wykonawca”),

2) uznaniu za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w wyjaśnieniach ceny wraz z dowodami złożonych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp, a zawartych w treści dokumentów oznaczonych przez Wykonawcę – jak wynika z treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w pliku o nazwie - „Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny ABC- Service 2”, złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp, w konsekwencji utajnieniu wyjaśnień ceny oferty wraz z dowodami w szczególności informacji zawartych w ww. dokumentach, zaniechaniu odtajnienia informacji znajdujących się w ww. dokumentach, zaniechaniu udostępnienia ww. dokumentów Odwołującemu,

3) przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się w poprzez (1) utajnienie informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, (2) odmowie odtajnienia i udostępnienia informacji znajdujących się w opisanych powyżej dokumentach, (3) uniemożliwienie Odwołującemu zapoznania się z treścią wyjaśnień ceny wraz z dowodami Wykonawcy (ww. dokumentów), ich weryfikację oraz uniemożliwienie wniesienia środków ochrony prawnej wobec ewentualnych uchybień dostrzeżonych w treści wyjaśnień i dowodów złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp, (4) wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy w szczególności bez umożliwienia Odwołującemu jej rzeczowej weryfikacji,

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 1, ust.2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 74 Pzp w zw. z art. 73 ust.1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1233 z późn.zm. dalej jako „ustawa o znk”) w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o znk w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 17 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, 7,8,10 w zw. z art. 239 Pzp poprzez:

a) błędną ocenę i błędne uznanie skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości informacji znajdujących się w wyjaśnieniach ceny wraz z dowodami złożonych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp, a zawartych w treści dokumentów oznaczonych przez Wykonawcę – jak wynika z treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w pliku o nazwie - „Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny ABC- Service 2”, złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp polegającą w szczególności na przyjęciu, że całość treści ww. dokumentów (wszelkie informacje zawarte w ww. dokumentach) podlegają utajnieniu, że Wykonawca prawidłowo oznaczył informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca prawidłowo wykazał,

iż informacje zawarte w ww. dokumentach spełniają przesłanki z art. 11 ustawy

o znk, Wykonawca przedłożył dowody potwierdzające spełnienie przesłanek z art. 11 ustawy o znk, w konsekwencji:

b) zaniechanie uznania za bezskuteczne dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w przywołanych powyżej dokumentach,

c) zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) informacji zawartych w ww. dokumentach,

d) zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji znajdujących się w ww. dokumentach mimo, iż:

(1) dokonane zastrzeżenie jest bezpodstawne,

(2) Wykonawca nieprawidłowo oznaczył informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa,

(3) przedstawione wraz z wyjaśnieniami ceny uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę

przedsiębiorstwa jest lakoniczne, znikome, ogólne, szlampowe i nie odnosi się szczegółowo do uzasadnienia zastrzegania konkretnych informacji znajdujących się w wyjaśnieniach ceny wraz z dowodami w poszczególnych załącznikach, nie identyfikuje konkretnych informacji z uzasadnieniem konieczności każdorazowego wykazania wobec każdej z informacji przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o znk, nie odnosi się do specyfiki zastrzeganych informacji,

(4) Wykonawca nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek opisanych w art. 11 znk, m.in. że są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, przedstawiają wartość gospodarczą, czy też podjęto w stosunku do nich uzasadnione działania zmierzające do zachowania informacji w poufności,

(5) nie zostały przedstawione żadne dowody potwierdzające spełnienie przesłanek z art. 11 ustawy o znk,

(6) Wykonawca nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

(7) wyłącznie niektóre informacje zwarte w ww. dokumentach mogły ewentualnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o znk,

(8) informacje te z uwagi na ich treść nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (nie spełniają przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o znk, nie przedstawiają wartości gospodarczej,

są jednorazowe z uwagi na możliwości ich wykorzystania wyłączenie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia a ich ujawnienie nie może narazić Wykonawcy na szkodę),

e) wybór oferty Wykonawcy, której wyjaśnienia ceny wraz z dowodami zostały niezasadnie zastrzeżone; gdy konsekwencją powyższych działań, jest brak możliwości weryfikacji czy oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, jest zgodna z warunkami zamówienia, nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji postawienie stosownych zarzutów w odwołaniu.

Ponadto powyższe doprowadziło do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady jawności, zasady przejrzystości jak również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez utajnienie informacji i dokumentów:

(1) które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa,

(2) co do których nie wykazano przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o znk,

(3) które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa; ponadto sama decyzja od odmowie udostępnienia nie zawierała żadnego uzasadnienia, odmowę Odwołujący wywodzi z faktu nieudostępnienia ww. Informacji zawartych w ww. dokumentach, nie są mu jednak znane motywy takiego postępowania Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert

i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę, uznaniu za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, odmowie odtajnienia i udostępnienia informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach,

3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w tym:

a) uznania za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny wraz z dowodami złożonych przez Wykonawcę

w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp, a zawartych w treści dokumentów oznaczonych przez Wykonawcę – jak wynika z treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w pliku o nazwie - „Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny ABC- Service 2”, złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp,

b) dokonania czynności polegającej na odtajnieniu (ujawnieniu) całości informacji zawartych w przywołanych powyżej dokumentach a złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp,

c) udostępnienie Odwołującemu powyższych dokumentów i informacji;

4) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia

i złożył w postępowaniu ofertę, która powinna była zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, a z odwołującym powinna zostać zawarta stosowna umowa na wykonanie tej części zamówienia. Jednak w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku i szkody w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, a zatem osiągnięcia zysku z tytułu jego wykonania. Uwzględniając powyższe, bez wątpienia w przedmiotowej sprawie Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i interes ten jest kwalifikowany szkodą jaka zostanie przez niego poniesiona wskutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest pozbawienie odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, która to stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą”, w znaczeniu określonym przez ustawę Pzp oraz Zamawiającego, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Uzasadniając interes

we wniesieniu odwołania na czynność Zamawiającego polegającą na uznaniu zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych wyjaśnienia ceny wraz

z dowodami tj. w dokumentach złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp oznaczonych przez Wykonawcę – jak wynika z treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w pliku o nazwie- „Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny ABC- Service 2”, a w konsekwencji zaniechaniu ujawnienia wskazując, iż odwołujący może ponieść szkodę w przypadku nieuprawnionego utrzymania w zastrzeżeniu informacji, które nie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co do których nie wykazano iż taką tajemnicę stanowią, nie przedstawiono dowodów, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

a w konsekwencji w przypadku odmowy ujawnienia i udostępnienia ww. informacji zawartych w ww. dokumentach. Odwołujący dąży do sanowania, w jego ocenie niezgodnej z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego, które pozbawia go wglądu do wyjaśnień ceny wraz

z dowodami w szczególności takich elementów jak szczegółowa kalkulacja ceny i wszystkich jej składowych, sposób wyliczenia ceny, kosztów pracowniczych i innych okoliczności wprost wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 8 stycznia 2025 r., które zawarte zostały ww. dokumentach datowanych na dzień 15 stycznia 2025 r. Dostęp do informacji znajdujących się w przywołanych dokumentach może mieć dla odwołującego istotne znaczenia z punktu widzenia dowodowego, podczas kwestionowania pozostałych czynności Zamawiającego m.in. prawidłowości oceny wyjaśnień ceny i jej istotnych części składowych, a w konsekwencji wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Skutkiem nieodtajnienia wyjaśnień ceny wraz z dowodami Wykonawcy jest uniemożliwienie odwołującemu dokonania oceny czy wyjaśnienia są rzetelne i wystarczające dla wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest zgodna z warunkami zamówienia, jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający swoim zaniechaniem uniemożliwił skorzystanie z podstawowego prawa tj. dokonania weryfikacji prawidłowości decyzji zamawiającego w zakresie oceny oferty Wykonawcy, oceny złożonych wyjaśnień ceny, postawienie i odpowiednie uzasadnienie zarzutów związanych z rażąco niską ceną oferty Wykonawcy. Odwołujący ma interes w tym, aby skontrolować zachowania zamawiającego z punktu widzenia poprawności stosowania wyjątków od zasady przejrzystości oraz zasady jawności postępowania, prawidłowości stosowania art. 18 ust.3 Pzp. Gdyby zamawiający prawidłowo zbadał zasadność zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny wraz z dowodami, to udostępniłby Odwołującemu

co najmniej te informacje zawarte w wyjaśnieniach, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (nie spełniają przesłanek z art. 11 ustawy o znk), co do których

nie wykazano skutecznie, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk. W takim przypadku odwołującemu umożliwiono by skorzystanie ze środków ochrony prawnej co do czynności bądź zaniechań Zamawiającego związanych z ofertą Wykonawcy. Wskutek bowiem naruszenia wskazywanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy Pzp - czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadzone zostały nieprawidłowo, doszło do nieprawionego utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny, zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę, której nie można zweryfikować pod kątem przesłanek odrzucenia, w szczególności rażąco niskiej ceny, zaś oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w klasyfikacji ofert. W związku z powyższym,

z odwołującym nie zostanie zawarta umowa o zamówienie, a tym samym odwołujący utraci możliwość uzyskania przychodów z jej realizacji, wskutek czego poniesie szkodę. Szkoda

ta jest normalnym następstwem naruszenia przepisów ustawy Pzp, bowiem gdyby

te przepisy nie zostały naruszone, wyjaśnienia Wykonawcy zostałyby ujawnione

i udostępnione Odwołującemu, który mógłby zweryfikować poprawność złożonych wyjaśnień jak i poprawność oferty złożonej przez Wykonawcę w szczególności pod kątem ewentualnego odrzucenia z uwagi na rażąco niską cenę, niezgodność z warunkami zamówienia bądź z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący mógłby skorzystać ze środków ochrony prawnej, które mogłyby doprowadzić do odrzucenia oferty Wykonawcy. W konsekwencji oferta Odwołującego sklasyfikowana zostałaby na pierwszym miejscu i wówczas odwołujący zawarłby z Zamawiającym umowę

o zamówienie publiczne. Wobec zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy, oferta złożona przez odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym odwołujący mógłby uzyskać zamówienie stanowiące przedmiot prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

Niezależnie od powyższego, z daleko posuniętej ostrożności odwołujący podał, że wykazuje interes we wniesieniu odwołania adekwatnie do etapu postępowaniu w którym się znajduje. Jednakże odnosząc się do ewentualnej argumentacji w zakresie braku interesu z uwagi na fakt, że oferta odwołującego przewyższa kwotę jako zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, podnieść należy, iż ewentualne unieważnienie postępowania z owej przyczyny jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym. Unieważnienie postępowania nie jest obowiązkiem Zamawiającego. Ponadto zgodnie z orzecnictwem Izby, sądów powszechnych krajowych i europejskich interes w uzyskaniu danego zamówienia należy interpretować szeroko. W orzecnictwie wskazywano, że pojęcie danego zamówienia powinno być wykładane z uwzględnieniem definicji zamówienia publicznego zawartej w art. 7 pkt 32 Pzp, a więc rozumiane jako odpłatna umowa zawarta pomiędzy zamawiającym

a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez Zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Oznacza to, że dane zamówienia to dana umowa, a więc nie konkretne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego,

ale zawarcie umowy na realizację określonego przedmiotu zamówienia. Przyjęcie odmiennego podejścia niż przedstawione powyżej powodowałoby pozbawienie wykonawców, których oferta byłaby wyższa od kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, środków ochrony prawnej. Powyższe skutkowałoby wyborem najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami prawa.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie podniesionych zarzutów odwołania wskazując w szczególności że, odnosząc się do domniemania rażąco niskiej ceny Wykonawca zobowiązany jest wzruszyć poprzez złożenie wyczerpujących wyjaśnień popartych dowodami, ma kluczowe znaczenie dla oceny poprawności oferty i ziszczenia się podstaw do jej odrzucenia.

Odwołujący podnosił, że większość z utajnionych informacji, została utajniona z naruszeniem przepisów, bowiem utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, pojedyncze dane, słowa, które spełniają łącznie wszystkie warunki o których mowa w art. 18 ust. 3 Pzp. Zamawiający zobligowany jest do podejmowania działań nakierowanych na zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poszanowania zasady przejrzystości a przede wszystkim zasady jawności postępowania jako naczelnej zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada jawności może doznać ograniczenia tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie (art. 18 ust. 2 Pzp). Za jeden z takich przypadków ustawodawca uznał zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 Pzp). Każde odejście od zasady jawności postępowania powinno być traktowane bardzo wąsko i rygorystycznie,

z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający wyłączenie jawności informacji (wyjaśnień ceny) szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznie spełnienia

3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danej informacji, dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy,

czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeżeli dany wykonawca obejmujący jakąś część oferty tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał łącznego spełnienia wszystkich przesłanek oraz nie przedstawił dowodów, to zamawiający w trakcie oceny zasadności zastrzeżenia powinien udostępnić takie informacje i dokumenty pozostałym wykonawcom.

Podstawę prawną zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ramach postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego stanowią przepisy art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o znk w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o znk w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o znk - określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jeżeli spełniają łącznie następujące warunki:

(-) mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny charakter, ale posiadający wartość gospodarczą, (-) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są powszechnie znane osobom, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, (-) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Pod pojęciem działań, które „ przy zachowaniu należytej staranności” uprawniony podjął (powinien podjąć) w celu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich pozyskaniem, ujawnieniem lub wykorzystaniem przez osobę nieuprawnioną należy rozumieć staranność wymaganą w stosunkach danego rodzaju (art. 355§ 1 i 2 Kodeksu cywilnego).

Odwołujący podał, że aby dokonane zastrzeżenie było skuteczne musi ono w momencie składania informacji zawierać pełną argumentację wskazującą, że przedstawione Zamawiającemu informacje spełniają łącznie przesłanki ustawowe z art. 11 ustawy o znk. Na uwagę zasługuje również fakt, iż nawet jeśli dane informacje spełniają element tajemnicy przedsiębiorstwa, do ich skutecznego zastrzeżenia niezbędne jest wykazanie tego przez wykonawcę. Kwestia precyzyjnego wykazania przez Wykonawcę ziszczenia się przesłanek definicji legalnej jest powiązana z kwestią ciężaru dowodu. Otóż ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę zastrzega. Tylko ten, który dokonuje zastrzeżenia wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia. Użyte w art. 18 ust. 3 Pzp przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia” czyli przedstawienia stosownych dowód na poparcie twierdzeń zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia.

Odwołujący podał, że przywołane powyżej przepisy prawa nakładają na zamawiającego konieczność badania uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pod kątem jego skuteczności. Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania

w odniesieniu do każdego zastrzeganego dokumentu i informacji i następnie stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaniechania Zamawiającego we wskazanym zakresie są tym bardziej rażące, że uniemożliwiają Odwołującemu rzeczywistą weryfikację poprawności przedłożonych ofert z punktu widzenia warunków zamówienia, czy przyznanych punktów w kryterium oceny ofert. Poprawność przeprowadzonej przez Zamawiającego oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jak przedmiotem oceny w niniejszym postępowaniu.

przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarczy więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

W ocenie Odwołującego, Wykonawca nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w wymienionych w zarzucie dokumentach, nie sprostął konieczności wykazania łącznego spełnienia przesłanek z art. 11 ustawy o znk a w konsekwencji pozbawił się ochrony wynikającej z możliwości zastrzegania informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wynika z dokumentów przekazanych odwołującemu przez zamawiającego Wykonawca zastrzegło wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w całości. Jednak z treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w ocenie odwołującego, wynika, że Wykonawca w ogóle nie spełnił formalnych przesłanek art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, warunkujących nieujawnianie informacji przez zamawiającego, tj. nie wykazało, że informacje stanowiące treść złożonych wyjaśnień stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mało prawdopodobne jest, aby cała treść wyjaśnień Wykonawcy – od nagłówka po podpis – nosiła cechy tajemnicy przedsiębiorstwa zdefiniowane w art. 11 ust. 2 ustawy o znk i tym samym mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów

tej ustawy, a tym samym i art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Po drugie, ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na to, że nie całe pisma/całe dokumenty, a jedynie poszczególne ich elementy (poszczególne informacje) mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Sam fakt dokonania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie oznacza, że informacje te w rzeczywistości posiadają walor tajemnicy, a na Zamawiającym każdorazowo ciąży obowiązek rzetelnego zbadania zastrzeżenia. Przy czym kluczowe jest tu wskazanie „informacji”, gdyż ustawodawca wyraźnie wskazał, że „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”. Tym samym już z treści tego przepisu wynika, że przedmiotem ochrony jest konkretna informacja, a nie cały dokument. Zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa całego dokumentu traktowane jest jako niepodlegające ochronie i jako sprzeczne z zasadą jawności postępowania

o zamówienie publiczne. Nie ma tym samym możliwości utajnienia całego dokumentu.

Za ww. stanowiskiem przemawia literalna wykładnia przepisów art. 11 ust. 2 ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie może bezkrytycznie przyjmować każdego dokonanego zastrzeżenia każdej rzekomej tajemnicy, lecz

musi dokonać własnego badania i oceny, czy zastrzeżone informacje rzeczywiście takie cechy posiadają, przy czym co do zasady utajnianie nie mogą być informacje o charakterze jednorazowym, służące do sporządzenia tej jednej, konkretnej oferty, a decyzja zamawiającego nie może uniemożliwiać konkurentom korzystania ze środków ochrony prawnej – co ma miejsce w tym postępowaniu.

Uzasadnienie jest lakoniczne, skąpe, ogólne, sztapnowe, niedostosowane do rodzaju zastrzeganych informacji. Mogłoby być traktowane jako wstęp do szczegółowych wyjaśnień także w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Znaczną część uzasadnienia stanowi przywołanie wyroków i regulacji prawnych, z treści uzasadnienia nie pozyskamy żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w zastrzeganych dokumentach.

Nie można oprzeć się wrażeniu, iż uzasadnienie zastosowane przez Wykonawcę

do uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest sztapnowym, uzasadnieniem nieadekwatnym do informacji zastrzeganych w niniejszym postępowaniu. Nie ma w treści uzasadnienia ani jednego słowa o kategorii informacji składnikach cenotwórczych zastrzeganych w wyjaśnieniach ceny a wyraźnie wskazanych przez Zamawiającego w treści wezwania.

Uzasadnienie zastrzeżenia w tym zakresie jest na tyle ogólnikowe, że mogłoby być przedstawione w tym samym brzmieniu w każdym innym postępowaniu i w odniesieniu

do każdej innej oferty handlowej. Powyższe prowadzi do wniosku, iż Wykonawca nie jest staranny w zastrzeganiu informacji, które w jego ocenie stanowią tajemnicę, sam je ujawnia, nie stanął na wysokości zadania i nie opisał osobno każdej z kategorii zastrzeganych informacji i powodów z jakich spełnia ona łącznie trzy przesłanki z art. 11 ust. 3 Pzp.

Odwolujący wskazując na treść dokumentu złożonego przez wykonawcę z zastrzeżeniami tajemnicy podaje, że informacje te są dedykowane wyłącznie dla tego zamówienia,

co świadczy o ich jednorazowości, a co przez TSUE w wyroku C-54/21 zostało uznane

za cechę, która powoduje brak poufności takich informacji. Jednorazowość danych założeń

i wycień dla danego przetargu jest oczywista, gdyż dobór poszczególnych elementów zależy od wielu czynników, nawet przy tak powtarzalnej usłudze jak sprzątanie, gdyż dobór pracowników, sprzętu czy środków czystości zależy głównie od wielkości i zakresu zamówienia oraz wymagań danego zamawiającego. Poza tym rozmiar pracy potrzebnej do wykonania zamówienia powoduje, że zarówno osoby, jak i sprzęt do świadczenia usługi, są przypisane do konkretnego miejsca i nie są przenoszone pomiędzy poszczególnymi zamawiającymi. Także dobór środków chemicznych do czyszczenia i dezynfekcji jest najczęściej dobierany indywidualnie. Zresztą wątpliwe jest, by Wykonawca w swoich wyjaśnieniach zawarł aż tak szczegółowe i niespotykane informacje w tym zakresie,

by aż stanowiło to tajemnicę przedsiębiorstwa. Poza tym część informacji o ww. została zawarta w wykazach wymaganych wraz z ofertą.

Wykonawca w składanych wyjaśnieniach wskazuje na ogół różnego rodzaju informacje,

z których każda może mieć inne znaczenie gospodarcze i w inny sposób kształtuje sytuację rynkową wykonawcy, czego Wykonawca szczegółowo nie opisał i nie wykazał. Ponadto jedynym uzasadnieniem mającym wykazać fakt, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, mają wartość gospodarczą dla Wykonawcy jest stwierdzenie, że: „Jeśli zostanie to udostępnione, to podmiot konkurencyjny może posłużyć się informacjami, czerpiąc z tego faktu korzyści dla siebie” (...) „Wyjaśnienie te, szczegółowo określa sposób organizacji pracy, rozwiązania w zakresie doboru i wydajności środków oraz liczbę osób i sposób zatrudnienia, a więc stanowią taką informację, której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski”, ich pozyskanie przez konkurentów dawałoby konkurentom korzyści (bliżej nie określonej na czym miałyby polegać owa korzyść w odniesieniu do zastrzeganych informacji) i zaoszczędziłoby wydatków lub zwiększyło zyski również bez wskazania jakich wydatków i dlaczego by zaoszczędziło albo jakie zyski w jaki sposób i w jakiej wysokości mogłoby przynieść. Wykonawca nie wyjaśnił przy tym, na czym polega unikalność zastosowanej przez niego strategii cenowej ani też w jaki sposób na podstawie tych informacji inni wykonawcy mogliby oferować niższe ceny. Nie można przypisać wartości gospodarczej informacjom, które są istotne w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale nie mają takiej wartości w szerszym kontekście działalności wykonawcy. Zgodnie z przywołanym fragmentem Wykonawca wskazuje,

iż wyjaśnienie te, szczegółowo określa sposób organizacji pracy, rozwiązania w zakresie doboru i wydajności środków oraz liczbę osób i sposób zatrudnienia, a więc stanowią taką informację, której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Sformułowania te są bardzo ogólne i nie dają żadnej wiedzy w zakresie tego, na czym polega oryginalność zastosowanych rozwiązań. Odwołującego podał, że interesują go dane zbiorcze o ilości osób, wymiarze czasu pracy, zakresie obowiązków, jakie mogą im być powierzane. Powyższe wynika jednak z przepisów prawa i doświadczenia życiowego dostępnego wszystkim profesjonalistom, nie zaś know-how znanego jedynie jednemu wykonawcy. Wszyscy bowiem wykonawcy działający w sferze usług sprzątania i obsługi szpitali czy obiektów dydaktycznych, obiektów użyteczności publicznej znają i korzystają

z możliwości zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Podobnie nie jest niczym wyjątkowym zatrudnianie osób do sprzątnięcia w oparciu o wynagrodzenie minimalne lub niewiele wyższe. Podobnie jeśli chodzi o wykorzystywany sprzęt czy środki czystości. Tym samym trudno

tu mówić o jakiejś wyjątkowej strategii czy rozwiązaniach organizacyjnych i technologicznych Wykonawcy.

Odwołujący wskazał główne koszty, do których Wykonawca powinien się odnieść

w wyjaśnieniach to:

1. koszty wynikające ze sposobu świadczenia usługi podanego w SWZ (powierzchnia i częstotliwość sprzątnięcia poszczególnych komórek organizacyjnych), co przekłada się na koszty pracy z uwzględnieniem niezbędnych rezerw na zastępstwa nieobecnego personelu, które powinny zostać uwzględnione w cenie sprzątnięcia m2;
2. koszty materiałowe niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia (m.in. koszt chemii, materiałów oraz narzędzi, urządzeń, odzieży; badań, paliwa, podatki i inne należności publicznoprawne; wszelkie opłaty), które powinny zostać uwzględnione w cenie sprzątnięcia m2;
3. Koszty prac wykonywanych okresowo np. mycie okien, konserwacja podłóg z PCV, Koszty doraźnych awaryjnych prac porządkowych, które wymagają bezzwłocznego podjęcia czynności przez personel Wykonawcy,
4. koszty ubezpieczenia, zysk, narzuty, itp. które powinny zostać uwzględnione w cenie sprzątnięcia.

Wycena ta nie jest więc żadnym know-how specyficznym jedynie dla Wykonawcy,

a nieznanym jego konkurentom i dla nich niedostępnym. Wykonawcy bowiem, w ramach ceny oferty, powinni byli jedynie dokonać rzetelnej wyceny takich samych elementów.

Wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej utajnionego dokumentu czy informacji w nim zawartych – poza ogólnikami. Wskazanie wartości gospodarczej może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja dlatego, że pozostaje poufna lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone przez innych wykonawców, jeśli zostanie ujawniona, co narazi wykonawcę na szkodę. Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia nie wykazało żadnej skonkretyzowanej lub wyliczonej wartości gospodarczej. Co istotne w uzasadnieniach zastrzeżeń brak nawet logicznej argumentacji odnoszącej się do tego aspektu.

Odwołujący wyjaśniał, że przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania czystości, czyli usługa o powszechnym charakterze, niewymagająca tworzenia indywidualnych koncepcji

o charakterze twórczym, zaś zastosowane metody oszczędności muszą być zgodne

z powszechnie obowiązującymi przepisami prawnymi. Tym samym, w ocenie Odwołującego, Wykonawca nie wykazał gospodarczej wartości zastrzeżonych informacji.

Zdaniem Odwołującego, iż w treści dokumentów zawarta jest jakaś unikalna, uniwersalna technologia, która ujawniona jego konkurentom mogłaby być wykorzystana przez nich

w innych postępowaniach. W ogóle w treści zastrzeżenia nie ma informacji jakie są załączniki, nie ma również wyspecyfikowania informacji jakie są w nich zawarte i w jaki sposób każda z nich spełnia przesłanki z art.11 ust. 2 ustawy o znk. Już taki sposób prezentowania zastrzeganych informacji czyni nieskutecznym ich zastrzeżenie.

To, że określona informacja ma charakter finansowy, techniczny, jest związana

z prowadzonym przez wykonawcę przedsiębiorstwem nie kwalifikuje jej automatycznie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Gdyby przyjąć tak szerokie rozumienie tego pojęcia, wszystko

co związane z przedsiębiorstwem mogłoby być uznane subiektywnie przez wykonawcę

za tajemnicę przedsiębiorstwa. Twierdzenia Wykonawcy o tym, że sposób tworzenia oferty sposób organizacji pracy, rozwiązania w zakresie doboru i wydajności środków, liczba osób

i sposób zatrudnienia, podana struktura stanowią o przewadze konkurencyjnej jest niewiarygodne i nie tylko nie wykazuje, ale nawet nie uprawdopodobnia posiadania przez zastrzeżone informacje jakiegokolwiek wartości gospodarczej. O przewadze konkurencyjnej mogłaby świadczyć innowacyjność podejścia do realizacji przedmiotu zamówienia lub inne unikalne okoliczności pozwalające na ponadprzeciętne oszczędności jednakże żadne

z takich okoliczności nie zostały przez Wykonawcę wskazane.

Wykonawca nie wykazał także drugiej z przesłanek z art. 11 ustawy o znk tj. nie wykazał,

że podjął starania w celu zachowania poufności tych konkretnych informacji. Wykonawca wyliczył przykładowo, że:

„Wykonawca stosuje następujące zasady ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa: - klauzule poufności w umowach z pracownikami oraz osobami

i instytucjami współpracującymi, - klauzule poufności w umowach handlowych, - środki techniczne i organizacyjne ograniczające dostęp do informacji dla grona osób do których są przeznaczone, - pliki zabezpieczone hasłem przy każdorazowej próbie ich otwarcia. (...)

Plik: Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny ABC-Service 2 wraz z załączonymi dowodami przechowywane są na serwerach

odpowiednio zabezpieczanych, serwisowanych

i aktualizowanych, którymi dysponuje „ABC-Service”, a dostęp do nich ograniczają względem nieupoważnionych osób trzecich zastosowane zabezpieczenia tychże serwerów, dzięki czemu chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich

w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Ponadto informacje zawarte w wyjaśnieniach zabezpieczone są również w sposób fizyczny, dostępne w pomieszczeniach, do których dostęp posiada ograniczony zakres osób uprawnionych biorących udział w przygotowaniu oferty.”

Jednakże Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na ochronę tych konkretnych informacji, które zastrzegł w postępowaniu. W przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa mamy do czynienia ze szczególną informacją, która – skoro jest ważna - to jest dodatkowo chroniona i fakt istnienia tej ochrony Wykonawca powinien był wykazać. Jeżeli ochrona informacji poufnych u Wykonawcy opiera się na klauzulach w umowach to należało tą myśl rozwinąć i poprzeć swe twierdzenia stosownymi dowodami. Tymczasem Wykonawca nawet nie przywołuje przykładowych klauzul, nie załącza wzorów owych umów z pracownikami czy umów handlowych. W przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa mamy do czynienia

ze szczególną informacją, która – skoro jest ważna i posiada wartość gospodarczą - to jest dodatkowo chroniona i fakt istnienia tej ochrony Wykonawcy powinni byli wykazać.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 stycznia roku, a kopia została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 7 lutego 2025 roku „Odpowiedź na odwołanie”. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła stanowisko zawarte w piśmie uczestnika postępowania odwoławczego ABC- Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

we Wrocławiu (dalej: „uczestnik postępowania” / „ABC-Service”) z dnia 18 lutego 2025 roku.

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowód załączony do ww. pisma – „Zarządzenie wewnętrzne w sprawie zachowania tajemnicy „ABC Service”.

Izba w postanowieniu wydanym na rozprawie dopuściła dowód nr 1 złożony przez Odwołującego na rozprawie (16 karta) – dokumenty stanowiące wyjaśnienie ceny oferty złożonej dla 2 Wojskowego Oddziału Gospodarczego we Wrocławiu wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, które ww. 2WOG odtajnił w całości.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń:

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy - *Uzasadnienie orzeczenia zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała*

za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej orzeczenia

z przytoczeniem przepisów prawa.

- art. 16 ustawy – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

- art. 18 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

- art. 18 ust. 2 ustawy - Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

- art. 18 ust. 3 ustawy - 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 .

- art. 73 ust. 1 ustawy - Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu postępowania.

- art. 74 ust. 1 ustawy - Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.

- art. 74 ust. 2 ustawy - 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.

- art. 74 ust. 3 ustawy - W przypadku gdy wniesienie żądania dotyczącego prawa, o którym mowa w rozporządzenia , spowoduje ograniczenie przetwarzania danych osobowych zawartych w protokole postępowania lub załącznikach do tego protokołu, od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający nie udostępnia tych danych, chyba że zachodzą przesłanki, o których mowa w rozporządzenia .

4. Udostępnianie, o którym mowa w ust. 1 i 2, ma zastosowanie do wszystkich danych osobowych, z wyjątkiem danych, o których mowa w rozporządzenia , zebranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Ograniczenia zasady jawności,

o których mowa w ust. 3 i , stosuje się odpowiednio.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. z dnia 13 maja 2022 r. dalej „ustawa uznk”:

- art. 11 ust. 1 ustawy uznk - Czynem nieuczciwej konkurencji jest ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

- art. 11 ust. 2 - 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.

W zakresie rozpoznania odwołania Izba zważyła:

Izba na wstępie wyjaśnia i podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez zamawiającego w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu o dokumenty złożone w postępowaniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez zamawiającego

jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają

te czynności zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika

z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego.

Nadmienić należy również, że postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, czyli spornym, a spór prowadzą strony postępowania odwoławczego przy udziale uczestnika tego postępowania. Po stronie odwołującego pozostaje określany ustawą obowiązek dowodowy. Podkreślenia wymaga, że w zakresie zarzutów odnoszących się

do naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy ustawodawca nie wprowadza, jak to ma miejsce w przypadku zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, odwróconego ciężaru dowodu na etapie postępowania odwoławczego. To odwołujący na etapie odwołania oraz w trakcie postępowania obowiązany jest do wykazania i udowodnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie określonych elementów oferty czy składanych wraz z ofertą dokumentów nie zostało skutecznie poczynione.

Izba stwierdziła w zakresie zarzutu odwołania

Izba ustaliła, że wykonawca ABC- Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „uczestnik postępowania” / „ABC-Service”) wraz

z wyjaśnieniami ceny oferty w trybie art. 244 ustawy złożył zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w piśmie z dnia 15 stycznia 2025 roku, informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa objętych tym zastrzeżeniem:

Dotyczy przetargu nieograniczonego na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, o jakich stanowi art. 3 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024r. poz. 1320) – dalej p.z.p. pn. Kompleksowe utrzymanie porządku i czystości

w obiektach Politechniki Opolskiej, nr sprawy: ZP/U/60/2024

Oświadczamy, że **plik o nazwie: Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny ABC-Service 2 stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa** zgodnie z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, z późn. zm.).

Uzasadnienie:

Ustawodawca stanowiąc w ustawie z dnia 11 września 2019 roku Prawo Zamówień Publicznych (dz.u. z 2022, poz. 1710 z późn. zm.) zwanej dalej Ustawą, zasadę jawności, przewidział od niej wyjątek, określając w art. 18 ust. 3 Ustawy, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2022r., poz. 1233, z późn. zm.), za 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. Jednocześnie art. 11 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji uzależnia istnienie stanu tajemnicy od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te – jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu – powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym wpływem danych. Wybór informacji, które mają zostać objęte poufnością, należy do przedsiębiorcy, jednakże wybór ten, co do stanu tajemnicy, nie może być oderwany od możliwości podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania w poufności wybranych informacji – wyrok SN z dnia 05.09.2001r. (sygn.. akt: I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67).

Wskazujemy za orzecnictwem Sądu Najwyższego (orzeczenie SN – Izba Cywilna z dnia 06.06.2003r., sygn.. akt: IV CKN 211/01; orzeczenie SN z dnia 03.10.2000r., sygn.. akt: ICKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 oraz orzeczenie SN z dnia 05.09.2001r., sygn.. akt: ICKN 304/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67), że informacje stają się tajemnicą, kiedy przedsiębiorca wyraża wolę jej zachowania jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy (np. pracownicy, współpracownicy). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich

w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Uwzględniając powyższe oraz utrwalony w doktrynie pogląd, jednym z podstawowych elementów instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyrażona przez przedsiębiorcę wola zachowania w poufności określonych informacji – co niniejszym ABC-Service sp. z o. o. czyni.

Jednocześnie ABC-Service sp. z o. o. oświadcza, iż podjął niezbędne działania

w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, zgodnie z wymogami określonymi

w orzecnictwie i doktrynie, które to działania doprowadziły do powstania warunków stwarzających bardzo duże prawdopodobieństwo, że wskazane informacje pozostaną nieujawnione. Wykonawca stosuje następujące zasady ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa:

- klauzule poufności w umowach z pracownikami oraz osobami i instytucjami współpracującymi,
- klauzule poufności w umowach handlowych,
- środki techniczne i organizacyjne ograniczające dostęp do informacji dla grona osób do których są przeznaczone,

- pliki zabezpieczone hasłem przy każdorazowej próbie ich otwarcia.

Wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny oferty oraz załączone dowody zostały oparte

na wiedzy i doświadczeniu nabytym jako know-how „ABC-Service” Sp. z o.o. i są bez wątpienia informacjami, które stanowią wartość gospodarczą. Jeśli zostanie to udostępnione, to podmiot konkurencyjny może posłużyć się informacjami, czerpiąc z tego faktu korzyści dla siebie, co uzasadnia wyłączenie ich jawności.

Przedstawione w załączeniu wyjaśnienia ceny zawierają rozwiązania organizacyjne przygotowane specjalnie w celu realizacji usługi utrzymania czystości określonych w SWZ dla zamówienia przez Wykonawcę wezwanego do złożenia tych wyjaśnień. Wyjaśnienie te, szczegółowo określa sposób organizacji pracy, rozwiązania w zakresie doboru i wydajności środków oraz liczbę osób i sposób zatrudnienia, a więc stanowią taką informację, której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Przedstawienie w wyjaśnieniach, organizacji pracy w obiektach Zamawiającego było możliwe dzięki gromadzeniu przez lata doświadczeń wiedzy „know-how” Wykonawcy, która pozwoliła na zoptymalizowanie kosztów dzięki zastosowaniu niestandardowych rozwiązań odpowiadających potrzebom Zamawiającego. Dzięki gromadzeniu i analizowaniu wiedzy wynikającej ze zrealizowanych wcześniej usług „ABC-Service” Sp. z o.o. buduje swoją przewagę konkurencyjną nad innymi firmami, co pozwala skutecznie walczyć o pozyskiwanie nowych klientów.

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, z późn. zm.) Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Zawarte, w wyjaśnieniach ceny środków, informacje o normach dziennych pracy, zatrudnianej kadrze i organizacji pracy, stanowią niewątpliwie informacje o charakterze organizacyjnym posiadające określoną wartość gospodarczą, które nie są przechowywane

w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z nimi osobom postronnym. Plik: Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny ABC-Service 2 wraz z załączonymi dowodami przechowywane są na serwerach odpowiednio zabezpieczanych, serwisowanych i aktualizowanych, którymi dysponuje „ABC-Service”, a dostęp do nich ograniczają względem nieupoważnionych osób trzecich zastosowane zabezpieczenia tychże serwerów, dzięki czemu chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Ponadto informacje zawarte w wyjaśnieniach zabezpieczone są również w sposób fizyczny, dostępne w pomieszczeniach, do których dostęp posiada ograniczony zakres osób uprawnionych biorących udział w przygotowaniu oferty.

Wskazujemy, że zastrzeżone dokumenty zostały przygotowane wyłącznie pod kątem realizacji przedmiotu zamówienia w tymże postępowaniu przetargowym, jak również zawierają szczególne informacje, które bezspornie mają samodzielną i obiektywną wartość gospodarczą wymagającą szczególnej ochrony. Nadmieniamy również, że rozwiązania przez nas przyjęte mają charakter indywidualny, niepowtarzalny, zawierają dane znane tylko Państwu. Podkreślamy, że wolą Wykonawcy jest, by pozostałe one tajemnicą dla określonych kręgów odbiorców i wola ta jest dla tych odbiorców rozpoznawalna. Oświadczamy, że w stosunku do zastrzeżonych informacji podjęliśmy wszystkie niezbędne czynności w celu zachowania ich poufności. Przygotowane Wyjaśnienia ceny ABC-Service dla Politechniki Opolskiej wraz z dowodami w celu zachowania poufności zostały oznakowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, która nie mogą być ogólnie udostępniane

i zostały umieszczone w oddzielnym pliku, który można otworzyć tylko znając hasło. Oświadczamy, że wolą Wykonawcy „ABC-Service” Sp. z o.o. jest, aby informacje powyższe pozostały nieujawnione na zewnątrz.

Utajnienie tych danych nie ma na celu utrudnienia uczciwej konkurencji w przedmiotowym zamówieniu publicznym oraz nie dotyczy informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych, jedynie ochronę interesów „ABC-Service” Sp. z o.o.

W zakresie rozpoznania zarzutu odwołania Izba podaje, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania. Ustawodawca dopuścił jednakże prawo wykonawcy

do nie ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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.

Wymaga podkreślenia, że walor informacji jakie są zastrzegane z uwagi na ich charakter ma lub może mieć dla danego podmiotu wartość, której czasami nawet nie sposób określić.

Niemniej jeżeli wykonawca decyduje się na objęcie danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa powinien poczynić

wszystko czego wymagają regulacje prawne,

aby ta ochrona była skuteczna. Wykazanie (art. 18 ust. 3 ustawy), że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi obowiązek wykonawcy, to na nim spoczywa odpowiedzialność, która materializuje się w prowadzeniu argumentacji oraz składaniu dokumentów potwierdzających okoliczności jakie legły u podstaw zastrzeżenia.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Tym samym zostaje zakreślony krąg informacji jakie skutecznie wykonawca może objąć zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wymaga wskazania, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma charakteru bezwzględnie. Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa, określona w ww. przepisie, wskazuje, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione

do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa bądź też inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Izba podkreśla, że w wyroku TSUE C-54/21 z dnia 17 listopada 2022 roku Trybunał zwrócił uwagę, kolejny raz, że cel przepisów unijnych w dziedzinie zamówień publicznych polega na zapewnieniu istnienia niezakłóconej konkurencji oraz, że aby możliwe było zrealizowanie powyższego celu ważne jest aby zamawiający nie ujawniali informacji związanych z postępowaniem, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji w tym postępowaniu bądź w późniejszych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. (punkt 49 wyroku - *Trybunał wielokrotnie orzekał, że podstawowy cel przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych polega na zapewnieniu istnienia niezakłóconej konkurencji oraz że aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego informacji, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź*

to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Ze względu na to, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opierają się na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a wykonawcami, ci ostatni powinni móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach takiego postępowania bez obawy, że instytucje te prześlą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzecznym wykonawcom szkodę (wyroki: z dnia 14 lutego 2008 r., Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, pkt 34-36; z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 115)).

Trybunał wskazywał również na znaczenie zasady stosunku zaufania wykonawca – zamawiający, co ma gwarantować zamawiającym przekazywanie informacji, a jednocześnie ochronę wykonawcy. Trybunał wskazał na art. 18 dyrektywy 2001/24 oraz podał,

że niezależnie od obowiązku działania w sposób przejrzysty zgodnie z art. 21 ust. 1 dyrektywy zamawiający nie może ujawniać informacji przekazanych przez wykonawcę

i oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Trybunał podał, że zamawiający

nie przekazuje informacji oznaczonych jako poufne przez wykonawcę; w szczególności tajemnic handlowych lub technicznych oraz poufnych aspektów oferty. Wymaga zaznaczenia, że zgodnie ze stanowiskiem Trybunału regulacja art. 21 ust. 1 dyrektywy 2001/24 referuje do informacji określonych w art. 50 i 55 dyrektywy 2001/24 mających skutek bezpośredni. Jednocześnie zaznacza, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odpowiada co do istoty definicji pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 2 pkt 1 dyrektywy 2006/943 (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (ue)2006/943 z dnia 8 czerwca 2006 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem z dnia 8 czerwca 2006 r.). Podaje również, że z celu dyrektywy 2001/24 oraz jej brzmienia nie wynika, aby państwa członkowskie nie mogły posłużyć się takim pojęciem w celu wyznaczenia zakresu art. 21 ust. 1 dyrektywy. Jednakże pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa” z art. 2 ust. 1 dyrektywy 2006/943 – tym samym polskiej ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – jedynie częściowo pokrywa z się z określeniem „informacji przekazanych (...) jako poufne” z art. 21 ust. 1 dyrektywy 2001/24, gdzie podano „między innymi tajemnice techniczne lub handlowe oraz poufne aspekty ofert”. Rzecznik Generalny w opinii z dnia 12 maja 2022 roku podał, że ochrona nie jest ograniczona do tajemnic technicznych i handlowych, lecz obejmuje również poufne aspekty ofert.

Trybunał wyjaśnił już, że przepisy dotyczące bezprawnego pozyskiwania, wykorzystywania

i ujawniania tajemnic przedsiębiorstwa w rozumieniu dyrektywy 2016/943 nie zwalniają organów publicznych z obowiązku zachowania poufności, jaki może wynikać z dyrektywy 2014/24 (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 97, 99).

Z orzeczenia Trybunały płyną następujące wnioski, a mianowicie podkreślenie przez Trybunał celu przepisów europejskich w zamówieniach publicznych tj. niezakłócania konkurencji. Bardzo istotnym natomiast jest wskazanie przez Trybunał na „zasadę ochrony informacji poufnych” – co oznacza, że ochrona informacji nie stanowi wyjątku od zasady jawności postępowania lecz stanowi osobną samoistną zasadę, która stanowi element samoistny dla oceny dokumentów w postępowaniu o zamówienie. Trybunał również uznał, że choć możliwe jest określenie „tajemnicy przedsiębiorstwa” przez zastosowanie definicji

z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odpowiadającej co do istoty definicji z art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 czemu nie sprzeciwi się art. 21 dyrektywy 2014/24 oraz jej treść i cel, to takie określenie „tajemnicy przedsiębiorstwa” jedynie częściowo pokrywa się z pojęciem „informacje poufne” z art. 21 dyrektywy 2014/24. Wynika z tego,

że art. 18 ust. 3 ustawy nie obejmuje pełnym zakresem informacji jakie zgodnie z art. 21 dyrektywy 2014/24 w ramach prawa europejskiego podlegają ochronie co do „informacji poufnych”, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943, a co za tym idzie w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby, na w zakresie rozpoznawanej sprawy odwoławczej, odwołujący wykazał, że Zamawiający nie dokonał oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przyzmacie przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w powiązonym art. 18 ust. 3 ustawy. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału zasada ochrony informacji poufnych prowadzi do tego, że nie możemy mówić o wyjątku

w zakresie ochrony informacji przez wykonawcę. Oznacza to, że prawem wykonawcy jest ochrona informacji jakie uznaje za poufne, przy czym co należy podkreślić, że ustawowo zostało wskaze jakie czynności, w jakim zakresie oraz w jakim momencie ma dokonać wykonawca, aby uprawniony był do korzystania z ochrony jaka mu przysługuje. Izba podkreśla, że zgodnie z ww. dyrektywą, to państwo członkowie określa we własnych regulacjach jakie informacje ma wykazać wykonawca i w jakim zakresie ma podjąć działania.

Izba podkreśla w tym miejscu kluczową rolę zamawiającego, bowiem to na zamawiającym ciąży obowiązek kontroli i oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez danego wykonawcę w odniesieniu do określonych informacji. Zamawiający nie bada, nie ocenia tego czy dana zastrzeżona informacja faktycznie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz jest obowiązany do zbadania i oceny przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy uznk oraz art. 18 ust. 3 ustawy. Na tą okoliczność jednoznacznie wskazywał zamawiający w piśmie procesowym, przy czym w żaden sposób nie odniósł się zamawiający w tym piśmie do wskazania

co przesądziło w jego działaniu o dokonanej ocenie w ramach przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy uznk oraz 18 ust. 3 ustawy. W ocenie Izby brak jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie poza szeroko przytoczonymi stanowiskami doktryny i orzecnictwa, bez faktycznego odniesienia do treści pisma z dnia 15 stycznia 2025 roku stanowiących zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ABC Service dowodzi w ocenie Izby tego,

i że zamawiający takiego badania nie przeprowadził. Więcej, w zasadzie zamawiający potwierdził to w trakcie rozprawy podnosząc, że „nie miał jak inaczej dokonania oceny wartości gospodarczej przedstawionych informacji, w jaki sposób miał tego dokonać.

W ocenie Izby słusznie wskazał odwołujący, że uczestnik postępowania odwoławczego

nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy uznk. Podkreślenia wymaga,

że w ramach tych przesłanek, w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca winien wykazać, że chronione przez wykonawcę informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa bowiem spełniają łącznie następujące warunki: mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny charakter, ale posiadający wartość gospodarczą, jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są powszechnie znane osobom, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W odniesieniu do ww. wyroku Trybunału warto wskazać również na charakter zastrzeganych informacji, które stanowią poufne aspekty ofert. Przy czym podkreślenia wymaga, że każda z przesłanek powinna znaleźć uzasadnienie w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa – faktyczna argumentację dającą poddać się ocenie. Przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przez uczestnika postępowania odwoławczego nie stanowi takie zastrzeżenia, jest bowiem ogólnikowe i lakoniczne. Izba podziela w tym miejscu stanowisko odwołującego, że takie stanowisko można dołączyć do każdego zestawu dokumentów objętego tajemnicą przedsiębiorstwa.

Próżno szukać uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w piśmie z dnia 15 stycznia 2025 roku w

odniesieniu do charakteru informacji: techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny charakter, dla których wykazane zostało przez wykonawcę, że mają te informacje wartość gospodarczą, jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów. Izba zaznacza, że zgodzić należy się, że nie zawsze da się określić wartość w pieniądzu, ale można określić wartość takich informacji przez właściwe danemu przedmiotowi zamówienia, danej realizacji okoliczności w funkcjonowaniu wykonawcy. Słusznie podnosił odwołujący, że informacje jakie zostały zawarte w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa stanowią faktyczne odniesienie do przedmiotu zamówienia. Izba stwierdza, że w trakcie rozprawy uczestnik postępowania podał faktyczne odniesienie i stanowisko jakie przyświecało jego zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa - odnosi się ono do sposobu realizacji zamówienia bez określenia wymagania co do ilości pracowników, ilość etatów, norm metrażowych, metodologii wykonania usługi. ABC Service podnosił, że to wszystko są elementy, które tworzy wykonawca na potrzeby tego postępowania. Niemniej uzasadnienia w tym zakresie nie było w piśmie z dnia 15 stycznia br. Samo odniesienie się do określonej ilości osób, etatów i środków nie uzasadnia przyczyn, dla których w sposób szczególny informacje te miałyby być chronione. To wskazana w trakcie rozprawy argumentacja odnosząca się do uwzględnienia sposobu obliczania ilości osób i etatów wynikająca z doświadczenia wykonawcy, a mająca szczególne znaczenie dla kalkulacji ceny oferty uzasadniała wartość takiej informacji. Podnosił uczestnik, że możliwość zapoznania się z takimi danymi przez innych wykonawców w kilku postępowaniach (gdzie chroni te informacje) spowodowałoby, po zestawieniu tych danych, na faktyczną możliwość zapoznania się metodologią działania wykonawcy, a tym samym pozyskania informacji, które mają dla niego wartość i stanowią jego „know-how”. Podnosił również uczestnik postępowania, że około połowa postępowań o zamówienie w jakich bierze udział realizowana jest właśnie w modelu, w którym nie jest określona przez zamawiającego ilość osób, etatów, norm metrażowych, metodologii wykonania usługi. Tym samym przedstawił w trakcie rozprawy znaczenie chronionych informacji jakie nie było zawartego w piśmie, bowiem treści z pisma z dnia 15 stycznia 2025 roku, jak przyznała sam ABC-Service na rozprawie były ogólne i mniej dokładane. W ocenie Izby treści jakie zostały podane w zastrzeżeniu tajemnicy były na tyle ogólne, że nie sposób było wywnioskować z nich jakiegokolwiek powyższe stanowisko. Nie uzasadniały one w żaden sposób obiektywnej wartości gospodarczej tych informacji jak również nie uzasadniały charakteru tych informacji, bo jak okazało się na rozprawie informacje te nie zostały zawarte w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. W obliczu powyższego bez znaczenia jest kwestia tego czy dane te mają charakter jednorazowy czy też nie, bowiem te przyczyny dla których jak twierdzi uczestnik postępowania chronił informację nie zostały wyartykułowane w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest to wydaje się najlepszy przykład uzasadniający brak faktycznego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ponieważ, sama kalkulacja jest jednorazowa na potrzeby tego postępowania i nigdy się nie powtórzy ale podstawy do jakich referował uczestnik w trakcie rozprawy dokonania takiej kalkulacji, stanowią element wykorzystywany w różnych postępowaniach oraz przy różnych kalkulacjach. Wyjaśnieniami jakie złożył uczestnik postępowania w trakcie rozprawy w zasadzie potwierdził brak skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba uznaje argumentację uczestnika postępowania, że to na odwołującym spoczywa obowiązek udowodnienia, że nie została skutecznie zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa według ogólnych reguł, że ten kto twierdzi ma obowiązek to wykazać. Jednakże należy podkreślić, że to nie do informacji miał się odnosi odwołujący ale do sposobu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, czyli samego sposobu uzasadnienia zastrzeżenia tej tajemnicy w odniesieniu dla określonych informacji. Odwołujący nie wykazuje, że chronione przez wykonawcę informacje nie mają wartości, która uzasadniałaby objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, bowiem podkreślić należy, że to sposób wykazania zastrzeżenia ma znaczenie, a w tym zakresie tj. argumentacji w odniesieniu do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ocenie Izby odwołujący przedstawił wystarczającą argumentację uzasadniającą podniesiony zarzut odwołania. Dodatkowo odwołujący przedstawił dowód nr 1, z którego wynika w sposób jednoznaczny, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pokrywa się z tym jakie składał odwołujący w tym postępowaniu, a co istotne w zakresie treści akapitów na jakie powoływał się uczestnik postępowania jako uzasadniających wartość chronionych informacji, które wskazał w trakcie rozprawy, w zasadzie pismo z dnia 15 stycznia 2025 roku jak również pismo z dnia 30 września 2022 roku (dowód na 1) skierowane do 2WOG w treści jest zbieżne. Potwierdza to w sposób jednoznaczny, że odwołujący dowiódł ogólnikowość składanych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, ich blankietowość, a w konsekwencji to, że nie stanowią one uzasadnienia dającego podstawę do ochrony informacji przekazanych przez uczestnika postępowania odwoławczego. Brak wykazania, zgodnie z wymaganiami art. 18 ust. 3 ustawy, kumulatywnie przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy uznk powoduje, że zastrzeżone informacje nie podlegają ochronie i nie mogą być chronione skutecznie. Za wyrokiem z dnia 27 stycznia 2025 roku sygn. akt KIO 4878/24 i KIO 4914/24: Mając na uwadze treść obowiązującego art. 18 ust. 3 ustawy wskazać należy, że ukształtowany jest po stronie wykonawcy, w

przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określonych dokumentów, obowiązek polegający na wykazaniu przez wykonawcę,

że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym zakresie istotnym jest wskazanie zawarte w treści przepisu tj. „wykazanie” przez wykonawcę, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby nie sposób utożsamiać pojęcia „wykazanie” z pojęciem „udowodnienie”. Izba zaznacza, że w obrębie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych znajdują się przepisy, w których jednoznacznie ustawodawca nakłada obowiązek „udowodnienia” (tak: art. 85 ust. 2 ustawy, art. 101 ust. 6 ustawy, art. 104 ust. 5 ustawy, art. 105 ust. 4 ustawy, art. 114 ustawy, art. 400 ust. 4 i 5 ustawy). Tym samym nie sposób nadawać różnym zwrotom użytym przez ustawodawcę

w jednej ustawie tego samego znaczenia (wykładnia synonimiczna), w konsekwencji

nie można różnym zwrotom nadawać tego samego znaczenia (wykładnia homonimiczna). Dlatego też, w przypadkach, gdy ustawodawca nie wprowadza obowiązku udowodnienia

w danym przepisie (tu w art. 18 ust. 3 ustawy), a jednocześnie w innym przepisie wymaga udowodnienia, to jednoznacznie zostają te stany prawne rozdzielone. Tym samym nie może być mowy o „udowodnieniu” w zakresie art. 18 ust. 3 ustawy, bowiem gdybyśmy przyjęli takie rozumienie pojęcia „wykazanie”, to byłoby ono sprzeczne z zasadami wykładni

w zakresie pojęć ustawy Prawo zamówień publicznych. Wprowadzona reguła związana z obowiązkiem ujawnienia przez zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa – również

w przypadkach, gdy faktycznie jest to tajemnica przedsiębiorstwa, a gdy ta nie została wykazana przez wykonawcę – ma w zasadzie charakter techniczny.

Tym samym niezbędnym jest ustalenie jak rozumieć pojęcie „wykazanie” użyte przez ustawodawcę, a stanowiące podstawę oceny poczynionego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z brakiem definicji legalnej (dyrektywa języka prawnego) oraz brakiem jednoznacznej wykładni tego pojęcia na kanwie orzeczniczej i doktrynalnej, gdzie prezentowane są różne stanowiska (definicji języka prawniczego) odnieść należy się do wykładni językowej pojęcia „wykazanie”. W ocenie Izby uzasadnia

to również zasada wyartykułowana ww. orzeczeniu Trybunału tj. zasada stosunku zaufania wykonawca – zamawiający, co ma gwarantować zamawiającym przekazywanie informacji,

a jednocześnie ochronę wykonawcy, wzmocniona celem przepisów unijnych w dziedzinie zamówień publicznych polegających na zapewnieniu istnienia niezakłóconej konkurencji. Podkreśla również przyjęcie językowego znaczenia pojęcia „wykazanie” z art. 18 ust. 3 ustawy wskazana przez Trybunał „zasada ochrony informacji poufnych” oznaczająca, że ochrona informacji nie stanowi wyjątku od zasady jawności postępowania lecz stanowi osobną samoistną zasadę, która stanowi element samoistny dla oceny dokumentów

w postępowaniu o zamówienie. W ocenie Izby wzmacnia powyższe również to, że w ramach regulacji ustawowej nie zostały w żaden sposób, choćby przykładowo, podane jakiejkolwiek sposoby „wykazania” przez odniesienie się np.: do składanych dokumentów, które by pozwalały i uzasadniały wykładnie tego pojęcie przez odniesienie się do „uprawdopodobnienia”. Takich wymagań co do sposobu wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa nie przedstawia również art. 11 ust. 2 u.z.p. i nie sposób wywieść je na podstawie tego przepisu. Tym samym wszelkie działania podejmowane przez dany podmiot zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa polegające na przedstawianiu określonych dokumentów stanowią dopełnienie jego oświadczenia zawartego w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając powyższe na uwadze, nie sposób uznać, że „wykazanie” należy tłumaczyć przez pryzmat „uprawdopodobnienia”. Podkreślić należy, że ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych posługuje się „uprawdopodobnieniem” (tak: 491 ust. 3 ustawy, 526 ust. 2 ustawy, 539 ust. 7 ustawy, 585 ust. 2 ustawy oraz art. 578 ust. 2 ustawy), tym samym skoro w ramach jednego aktu prawnego posłużono się tym określeniem, to nie sposób nadawać tego samego znaczenia różnym zwrotom użytym w ramach jednej ustawy (wykładnia synonimiczna). Nie sposób w tym przypadku nadawać „wykazaniu” takiego samego znaczenia jak należy nadać „uprawdopodobnieniu”. Racjonalny ustawodawca w ramach jednego aktu prawnego posłużyłby się w art. 18 ust. 3 ustawy pojęciem „uprawdopodobnienie”, gdyby faktycznie chciał zastosować to pojęcie w ramach tej regulacji - tego nie uczynił. W wyroku TSUE C-54/21 zwrócono uwagę na konieczność wykazania, że informacje jakie zastrzega wykonawca mają charakter poufny, a instytucja (zamawiający) nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy o poufności przekazanych informacji. Co w obliczu treści art. 18 ust. 3 ustawy znajduje również odzwierciedlenie. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego „wykazać” to «uzewnętrznić coś», «ujawnić istnienie czegoś», «przedstawić coś w sposób przekonujący». W ramach „wykazania”

na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy wydaje się za zasadne przyjęcie każdego z tych znaczeń łącznie. W efekcie po stronie wykonawcy kształtowany jest szeroki obowiązek czynności jakie musi podjąć, aby zadość uczynić obowiązkowi „wykazania”, przy czym sam sposób realizacji tego obowiązku pozostaje po stronie wykonawcy oraz nie należy go utożsamiać z udowodnieniem lub uprawdopodobnieniem.

W odniesieniu do pozostałych dwóch przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy uznk oraz

w odniesieniu do obowiązku wykazania spełnienia tych przesłanek wynikającego z art. 18 ust. 3 ustawy. Wykazanie (art. 18 ust. 3 ustawy), że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi obowiązek wykonawcy. Wymaga w tym miejscu podkreślenia,

że na podstawie powyższego przepisu kształtowany jest pierwotny obowiązek wykonawcy, stanowiący przesłankę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tj. wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – co stanowi osobną przesłankę udzielenia ochrony prawnej wykonawcy, a która to przesłanka nie jest określona przez art. 11 ust. 2 ustawy uznk. Dodatkowo również na wykonawcy ciąży określony art. 18 ust. 3 ustawy obowiązek zastrzeżenia, że informacje te nie mogą być udostępniane. Należy zgodzić się z uczestnikiem postępowania, że wskazał, że „plik o nazwie: Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny ABC-Service 2 stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, z późn. zm.).” To oznacza, że objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zostały wszystkie informacje w nim zawarte, jak również załączniki do niego załączone. Słusznie podnosił odwołujący, że w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały wymienione załączniki. W ocenie Izby zasadnym jest stanowisko odwołującego co do tego, że zastrzeżeniu tajemnicą przedsiębiorstwa podlegają określone informacje, a nie dokumenty co do zasady. Oczywiście może być okoliczność taka, że objęty tajemnicą przedsiębiorstwa dokument w całości zawiera informacje jakie wykonawca zamierza chronić. W przedmiotowym przypadku tak nie jest, bowiem jednoznacznie wskazał uczestnik postępowania, że informacje zawarte w piśmie z dnia 14 stycznia 2025 roku na stronie pierwszej bez ostatniego akapitu oraz załącznik nr 1 do tego pisma nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba za wyrokiem z dnia 7 lutego 2025 roku sygn. akt KIO 5024/24 wskazuje, że w ramach rozpoznawanej sprawy odwoławczej podkreślenia wymaga również to, że zgodnie

z ugruntowanym podglądem, zarówno w orzecznictwie Izby jak sądów powszechnych,

a także niezmiennie prezentowanym w doktrynie jest to, że do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego,

co wynika jednoznacznie z art. 8 ust. 1 ustawy. Mając to na uwadze Izba wskazuje na art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej: KC), zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Podkreślenia wymaga, za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03, że przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający

od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia

z profesjonalistami ubiegającymi się o określone zamówienie. Tym samym w stosunku

do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu - jak stanowi art. 355 § 2 KC należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania, a przez to nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości (tak m.in. wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt KIO 2056/17, wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2372/18).

Tym samym, to uczestnik postępowania odwoławczego powinien był wykazać się należyłą starannością, podwyższaną starannością z uwagi na charakter prowadzonej działalności oraz zakres podejmowanych działań i to uczestnik powinien był wykazać na etapie składania informacji zamawiającemu, że zastrzega je tajemnicą przedsiębiorstwa. W zasadzie przyznając w trakcie rozprawy, że określone treści oraz określone dokumenty

nie są informacjami podlegającymi ochronie dowiódł lakoniczności swojego uzasadnienia, bowiem gdyby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było prawidłowe,

to logika nakazuje twierdzić, że sam uczestnik zorientowałby się co do nieskuteczności ochrony danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W szczególności potwierdza

to okoliczność związana z załącznikiem nr 1 do pisma z dnia 14 stycznia 2025 roku.

Co do zakresu wykazania przesłanki podjęcia działań mających na celu ochronę informacji Izba stwierdza - mając na uwadze powyższe zawarłą argumentację prawną w odniesieniu do zakresu wykazania, jak również mając na uwadze to, że wykonawca obowiązany jest

do szczególnej staranności - że w zasadzie nie wykazał, że podejmuje działania w tym zakresie. W ocenie Izby nie chodzi o to, że koniecznie muszą być załączane dokumenty potwierdzające dane okoliczności ale sam fakt załączenia przez uczestnika postępowania odwoławczego do pisma procesowego dokumentu „Zarządzenie wewnętrzne w sprawie zachowania tajemnicy „ABC Service” wynika w sposób jednoznaczny, że w zasadzie bez jakiegokolwiek wysiłku wykonawca ten miał możliwość okazania tego dokumentu zamawiającemu na etapie zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa składanych wyjaśnień. Izba stwierdza, że w ramach pisma z dnia 15 stycznia 2025 roku uczestnik wskazał rodzaje czynności jakie podejmuje w celu ochrony poufności ale nie przedstawił żadnej informacji odnośnie tego jaki zakres, wartość mają te czynności. Tak np.: w odniesieniu do klauzul poufności jako zasad ochrony poufności podał:

- *klauzule poufności w umowach*

z pracownikami oraz osobami i instytucjami współpracującymi, - klauzule poufności

w umowach handlowych, jednocześnie w celu wykazania faktycznego ich stosowania

nie przedstawia choćby treści tych klauzul czy też umów jakie zawiera, a które to zawierają te klauzule. Izba wskazała już powyżej, a co wymaga powtórzenia w tym miejscu,

że „wykazać” to «uzewnętrznic coś», «ujawnić istnienie czegoś», «przedstawić coś w sposób przekonujący». W ramach „wykazania” na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy wydaje się za zasadne przyjęcie każdego z tych znaczeń łącznie. Izba stoi na stanowisku, że nie jest niezbędne dla wykazania przedstawianie dowodów ale jednocześnie ograniczenie się do wskazania stosowanie danych klauzul nie zaspakaja „wykazania” jako przedstawienia czegoś w sposób przekonujący uzewnętrzniając to i ujawniając, jak w tym przypadku treści tych klauzul. Odnosi się to również do pozostałych środków, co faktycznie może znajdować wykazanie za pomocą dowodów jak ten złożony przy piśmie procesowym.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i ocena skuteczności zastrzeżenia tej tajemnicy przedsiębiorstwa są obowiązkiem zamawiającego, od którego nie może się on dystansować na etapie oceny ofert.

Mając wszystko powyższe na uwadze, Izba stwierdza, że odwołujący wykazał naruszenia przepisów określonych w zarzucie odwołania tj. art. 18 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy uznk, w konsekwencji art. 74 ustawy. Izba uznała za zasadne również naruszenie Zasad prawa zamówień publicznych, w tym w szczególności równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności, ale także przejrzystości prowadzonego postępowania -

a tym samym uznaje zarzut odwołania za zasadny w powyższym zakresie.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą oraz innymi obowiązującymi aktami prawnymi, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty naruszającego zasady obowiązujące w zamówieniach publicznych.

W konsekwencji Izba nakazała unieważnienie czynności z dnia 20 stycznia 2025 roku tj. wyboru oferty wykonawcy ABC- Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą we Wrocławiu jako najkorzystniejszej w postępowaniu o zamówienie

na „Kompleksowe utrzymanie porządku i czystości w obiektach Politechniki Opolskiej”.

Izba nakazała również zamawiającemu powtórzenie czynności badania i ofert, w tym udostępnienie w całości przedstawionych przez wykonawcę ABC- Service spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu wyjaśnień ceny oferty złożonych za pismem z dnia 15 stycznia 2025 roku plik o nazwie: Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny ABC-Service 2, w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba za niezasadne uznała wskazane w treści zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5, 7,8,10 w zw. z art. 239 ustawy, a te w związku z wcześniej podanymi naruszeniami.

Izba nie stwierdzała w zakresie podniesionego zarzutu odwołania przedstawienia stanowiska odwołującego w zakresie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych,

niż określone w SWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert. Izba stwierdza również w tym miejscu,

że naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy nie stanowi wynikowej naruszenia innych przepisów, stanowi samoistną podstawę do budowania zarzutu odwołania w odniesieniu do dokonania oceny ofert w ramach ukształtowanych kryteriów oceny ofert. Podobnie w odniesieniu do wskazanego naruszenia w zakresie podstaw odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5, 7,8,10 ustawy nie ma w odwołaniu żadnej argumentacji faktycznej, jak również nie wynika z tego wskazania ww. przepisów żaden powiązanie z regulacjami prawnymi kwestionowanymi na wstępie zarzutu.

Izba za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2025 roku sygn. akt KIO 4847/24 wyjaśnia, że uzasadnienie faktyczne podniesione przez odwołującego, stanowiące nierozzerwalny element podniesienia w odwołaniu zarzutów odwołania określa jednocześnie zakres rozpoznania odwołania przez Izbę. Izba podkreśla, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść.

Jak wskazano w nieprzerwanie aktualnym wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić

do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej

w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r.

w spr. o sygn. I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte

na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się

na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami

i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd, że dla oceny zarzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego

i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany

do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą *da mihi factum, dabo tibi ius* – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.” (wyrok Sądu Najwyższego

z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności

te stanowią podstawę faktyczną powództwa (*causa petendi*) – tak Sąd Najwyższy w wyroku

z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności podania uzasadnienia faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obowiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odzworowanie w piśmiennictwie.

Wymaga odnotowania podkreślenia w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze nie jest elementem procedury administracyjnej i nie wystarczy w odwołaniu wskazać, że z danymi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza,

w postępowaniu odwoławczym niezbędne jest przedstawienie w odwołaniu uzasadnienia zawierającego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające twierdzenia odwołującego

i pozwalające Izbie, w postępowaniu kontrydiktoryjnym, na ocenę działań Zamawiającego

w kontekście podnoszonych przez odwołującego naruszeń. Jedynie w zakresie naruszeń podnoszonych w uzasadnieniu faktycznym zarzutów odwołania możliwa jest zgodnie

z zasadą orzekania w zakresie zarzutów, ocena podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Wynika to również z tego, że jakiegokolwiek rozszerzenie argumentacji faktycznej stanowi nową, nieznaną Zamawiającemu oraz uczestnikowi postępowania odwoławczego argumentację / stanowisko Odwołującego, z którym nie mógł się on zapoznać wcześniej.

Koszty:

Izba uwzględniła odwołanie.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Zamawiający nie składał wniosku kosztowego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy

z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r.

poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca:
