Sygn. akt: KIO 2499/23

WYROK
z dnia 7 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 września 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 sierpnia 2023 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) Biuro Projektów „METROPROJEKT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum) oraz (2) SUD ARCHITEKT POLSKA Spółka z ograniczor odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum)** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

Oddala odwołanie;
Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Biuro Projektów „METROPROJEKT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum) oraz (2) SUD ARCHITEKT POLSKA Spółka z ograniczor odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum),** w następujący sposób**:**
a)zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:**
(1) Biuro Projektów „METROPROJEKT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum) oraz (2) SUD ARCHITEKT POLSKA Spółka z ograniczor odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania,
b)zasądza od **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających**
się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Biuro Projektów „METROPROJEKT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie (Lider Konsorcjum) oraz (2) SUD ARCHITEKT POLSKA Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum)
na rzecz **Zamawiającego – Centralnego Portu Komunikacyjnego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) na niniejszy wyrok -
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:
……

Sygn. akt KIO 2499/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia wykonawczego na „Opracowanie dokumentacji projektowej dla Projektu nr P00100009 „Budowa Węzła kolejowego CPK" w podziale na 3 Części". Postępowanie dotyczy zamówienia wykonawczego udzielanego w ramach umowy ramowej zawartej
po przeprowadzonym postępowaniu nr 33/21/MO/PZP/273, w związku z czym ogłoszenie
o zamówieniu nie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych bądź
w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Numer ogłoszenia o udzieleniu zamówienia – zawarciu umowy ramowej: 2022/S 145-416366.

Dnia 23 sierpnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023r., poz. 1605 ze zmianami, dalej jako „ustawa Pzp"), odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Biuro Projektów „METROPROJEKT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum) oraz (2) SUD ARCHITEKT POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum), dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie złożono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na bezprawnym odtajnieniu wyjaśnień Konsorcjum odnoszących się do zaoferowanej przez Konsorcjum ceny w ramach części 1 Postępowania
(wraz z dowodami, dalej jako „Wyjaśnienia") – w zakresie w jakim zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jako dowody należy rozumieć wszystkie załączniki do złożonych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, z wyłączeniem załącznika nr 01 – zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem oraz załączonych do zastrzeżenia dowodów. Odtajnienie utajnionej części zastrzeżenia oraz załączonych do niego dowodów nie stanowi przedmiotu odwołania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:
a) art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji3 (dalej jako „Uznk") w zw. z art. 389 ust. 2 oraz art. 16 ust. 1 i 3 Pzp i art. 50 ust. 4 oraz art. 55 ust. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE
z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE4 (dalej jako „Dyrektywa 2014/24") poprzez niezgodne z przepisami
i nieproporcjonalne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał, by zastrzeżone przez niego dokumenty stanowiły tajemnicę

przedsiębiorstwa członków Konsorcjum, na skutek czego naruszone zostały zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu;
b) art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk w zw. z art. 99 ust. 1 oraz art. 389 ust. 2 oraz art. 16 ust. 1 i 2 Pzp poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał, by zastrzeżone przez niego dokumenty stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo że uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostało sformułowane zgodnie
z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w pkt. XI.IV.7 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ").

Odwołujący wnosił o:
1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia treści Wyjaśnień wraz
z dowodami, przy czym wniosek odwołania nie dotyczy odtajnienia załącznika nr 01 - zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem oraz załączonych do zastrzeżenia dowodów.

Odwołujący wskazał, że 17 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż dokonane przez niego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa uznaje za nieskuteczne, stąd 10-dniowy termin do wniesienia odwołania został dochowany.
Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiścił wpis
w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący zaznaczył, że spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 505 Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę
w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący skutecznie zastrzegł i wykazał w terminie, że informacje, które Zamawiający chce udostępnić stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z tym nie mogą być przekazywane ani ujawniane osobom trzecim. Odwołujący uczestniczy w postępowaniu w zaufaniu do zasad chroniących te informacje. Ujawnienie informacji podlegających ochronie w reżimie art. 11 ust. 2 Uznk naraża go natomiast na nieodwracalną szkodę, stanowiąc jednocześnie działanie bezprawne.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że Zamawiający prowadzi postępowanie na udzielenie zamówienia wykonawczego dot. „Opracowania dokumentacji projektowej dla Projektu nr P00100009 „Budowa Węzła kolejowego CPK" w podziale na
3 Części". Postępowanie prowadzone jest na podstawie umowy ramowej zawartej 22 lipca 2022 r. w wyniku przeprowadzonego postępowania pn.: Zawarcie umowy ramowej na opracowanie dokumentacji projektowych dla kolejowych inwestycji towarzyszących związanych z budową Centralnego Portu Komunikacyjnego, nr postępowania 33/21/MO/PZP/273.

Odwołujący złożył w ramach postępowania ofertę na część 1 (linia kolejowa nr 85 wraz z częściami linii kolejowej nr 5 i 88 na północ od linii kolejowej nr 85 a także wraz
z częściami linii kolejowej nr 5 i 88 na południe od linii nr 85 do miejsc wskazujących techniczny podział pakietów).

W dniu 24 lipca 2023 r. Odwołujący został wezwany na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny ofertowej.

W odpowiedzi na to wezwanie, w dniu 9 sierpnia 2023 r.6 Odwołujący złożył wyjaśnienia cenowe (wraz z dowodami – Wyjaśnienia), zastrzegając ich część jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa objęta została również odpowiednio wydzielona część uzasadnienia samego zastrzeżenia (wraz z dowodami – dalej jako „Uzasadnienie").

Pismem z dnia 17 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego
o zakończeniu czynności badania wyjaśnień rażąco niskiej ceny pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji o nieuznaniu zastrzeżonych części Wyjaśnień oraz Uzasadnienia za tajemnicę przedsiębiorstwa i dokonał odtajnienia Wyjaśnień oraz Uzasadnienia w całości (dalej jako „Zawiadomienie").

Odwołujący ponownie podkreślił, że zakresem odwołania objęte jest bezprawne odtajnienie przez Zamawiającego Wyjaśnień (wraz z dowodami), z wyłączeniem Uzasadnienia.
[Zarzut nr 1]

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Natomiast według art. 11 ust. 2 Uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się (1) informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, (2) 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, (3) o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Powyższe przesłanki ogólnie dzieli się na trzy grupy przesłanek o odmiennym materialnym i formalnym charakterze czy specyfice, z których każda, na gruncie postępowań o zamówienie publiczne, winna być oceniana jako spełniona w nieco odmienny sposób. Przesłanki te powinny być spełnione łącznie i wykazane łącznie, co w ocenie Odwołującego zostało wykonane w Uzasadnieniu.

Polemizując z wyrażonym w zawiadomieniu stanowiskiem Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że uzasadnienie czynności odtajnienia, jako czynności o charakterze sankcyjnym, powinno być uzasadnione szczegółowo, w sposób umożliwiający ustalenie stwierdzonych nieprawidłowości w treści złożonego zastrzeżenia. Tymczasem, treść Zawiadomienia zasadniczo sprowadza się do cytowania ogólnych tez orzecznictwa KIO,
w sposób szeroki opisujących wytyczne co do sposobu zastrzegania informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz blankietowych twierdzeń co do ogólności Uzasadnienia. Praktyka taka została stanowczo potępiona w orzecznictwie Izby jako uniemożliwiająca ewentualne skorzystanie ze środków ochrony prawnej przez danego wykonawcę. Podkreślić należy, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej („KIO" lub „Izba") z dnia 9 maja 2022 r., sygn. akt KIO 991/22, KIO 1006/22, że *„Wskazać przy tym należy, że gdyby przyjąć argumenty Zamawiającego o ogólnikowości i blankietowości przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień, to uzasadnienie czynności odtajnienia dokumentów dokonane przez Zamawiającego należałoby uznać za pozbawione jakiejkolwiek argumentacji.*
Rację ma Zamawiający, że ciężar wykazania skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, jednak Zamawiający dokonując w postępowaniu określonych czynności, zwłaszcza o charakterze sankcyjnym, obowiązany jest należycie uzasadnić swoje działania.".

Zarzuty i powody odtajnienia Wyjaśnień sformułowane i podane przez Zamawiającego w Zawiadomieniu odnoszą

się tylko i wyłącznie do pierwszej ze wskazanych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. „przesłanki wartości gospodarczej”,
w szczególności dotyczą braku wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Natomiast do spełnienia i wykazania pozostałych przesłanek Zamawiający nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń. Co za tym idzie, zasadnym jest wniosek, że pozostałe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do zastrzeżonych informacji Zamawiający uznał za spełnione (jeżeli byłoby inaczej, to powinien dać temu wyraz w treści Zawiadomienia).
Z tej również przyczyny, Odwołujący skoncentrował się w dalszej części uzasadnienia odwołania przede wszystkim na tej przesłance.

Odwołujący podkreślił, że informacje utajnione w Wyjaśnieniach niewątpliwie stanowią informacje o wartości gospodarczej, co jego zdaniem zostało wskazane i opisane
w Uzasadnieniu. W świetle utrwalonego orzecznictwa (wyrok z dnia 21 marca 2023 r., sygn. akt KIO 413/23, KIO 510/23, wyrok z dnia 13 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2491/16, wyrok z dnia 13 marca 2017 r., sygn. akt KIO 385/17, wyrok z dnia 12 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 556/18, a także Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07) kalkulacje cenowe zawierające jednostkowe, szczegółowe dane finansowe mogą być skutecznie chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa. W praktyce prawa zamówień publicznych powszechnie przyjmuje się, że wypracowany sposób wyceny oferty stanowi istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży. Kalkulacja ceny ofertowej, szczególnie tak szczegółowa jak przedłożona przez Odwołującego
w Wyjaśnieniach, wprost obnaża metodologię obliczania przez niego składników cenotwórczych i pozwala na ustalenie innych wartości wliczonych w cenę Konsorcjum, całkowicie opartych o jego know-how i doświadczenie.

Za wyrokiem KIO z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 149/16 Odwołujący wskazał, że*„informacje podane w kalkulacji cenowej należy uznać za ściśle związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością i mające dla niego wartość gospodarczą. Sposób kalkulacji ceny przez wykonawcę z pewnością można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji […]. Takie dane, jak sposób kalkulacji ceny ofertowej, czy sposób budowania strategii cenowej, stanowią informacje na temat organizacji przedsiębiorstwa wykonawcy. Metoda kalkulacji ceny jest efektem doświadczenia danego przedsiębiorcy i zdobytego know-how, przez co informacje te posiadają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy. Ich ujawnienie mogłyby doprowadzić do znacznego zmniejszenia przychodów przedsiębiorstwa oraz ograniczenia liczby klientów”.* Szczególne znaczenie w ramach złożonej oferty mają informacje o utrzymywanych przez Konsorcjum relacjach handlowych – w tym zakresie również nie ulega wątpliwości, że takie informacje mogą być utajnione, jak np. wskazała Izba w wyroku z dnia 9 maja 2022 r., sygn. akt KIO 991/22, KIO 1006/22: *„Fakt pozostawania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych*
i informacje ujawniające elementy ich współpracy, mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem składu orzekającego, wypracowane przez Odwołującego w ramach prowadzonej działalności relacje handlowe - stanowiące efekt współpracy i budowanych przez lata kontaktów podmiotów prywatnych, a także istniejącej pomiędzy nimi relacji biznesowej, stanowią o wymiernej wartości gospodarczej takich informacji. Utrzymywanie w tajemnicy informacji o współpracy z danym podmiotem czy też
o przedmiocie takiej współpracy, może mieć wpływ na budowaną pozycję rynkową danego wykonawcy. Informacje na temat kontrahentów spoza sektora publicznego, uzyskanego
w ramach współpracy wynagrodzenia, czy przedmiotu tej współpracy mogą stanowić źródło wiedzy o danym przedsiębiorcy i dla innego podmiotu, działającego profesjonalnie w tym samym segmencie rynku, mogą być wykorzystane w celu zachwiania pozycji konkurencji.”.

Podstawowy zarzut Zamawiającego sprowadza się do niewystarczającego wykazania powyższej przesłanki zgodnie z wymogiem przepisu art. 18 ust. 3 PZP. Zamawiający zrównuje przy tym pojęcie „wykazania” z pojęciem „udowodnienia”, powołując się w tym zakresie w sposób ogólny na orzecznictwo KIO oraz sądowe, a abstrahując od treści Uzasadnienia.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie KIO obowiązek „wykazania” rozumiany jako obowiązek „udowodnienia” jest odnoszony przede wszystkim do przesłanki trzeciej –
tj. wywodzi się z niego konieczność przedstawienia dowodów na działania podejmowane
w celu utrzymywania informacji w poufności.

Przesłanka wartości gospodarczej – której niewykazanie zarzuca Zamawiający - odnosi się natomiast do materialnej kwalifikacji i oceny charakteru i rodzaju danych informacji i ich wartości gospodarczej dla danego przedsiębiorstwa. W zakresie tej przesłanki często trudno jest postulować uchwycenie i wykazanie jakiejś konkretnej, skwantyfikowanej wartości gospodarczej (np. pieniężnej) poszczególnych informacji, ale powszechnie za wystarczające uznaje się podanie i opisanie charakteru danych informacji i ich znaczenia dla danej organizacji. Postulowane przedstawienie jakiś „zewnętrznych” dowodów potwierdzających charakter i wartość gospodarczą danych informacji wydaje się
w większości przypadków sztuczne i zbędne, w wielu przypadkach nie jest bowiem możliwe nawet wskazanie, jakiego rodzaju dowody stanowiłyby wiarygodne potwierdzenie oświadczeń własnych wykonawcy. O ile zastrzegane informacje nie są szczególnie specyficzne, każdy uczestnik obrotu w ramach dostępnej mu wiedzy i doświadczenia życiowego jest w stanie, na podstawie podanej przez wykonawcę charakterystyki informacji oraz dysponując sami informacjami, ocenić ich charakter i wartość, a wymaganie dalszych dowodów w tym zakresie byłoby nieproporcjonalne.

Powyższe twierdzenia oparte są o orzecznictwo Izby wydane w analogicznych sprawach, w których zastrzegano mnogie i szczegółowe informacje wrażliwe o szerokim spektrum zastosowania, o niewątpliwie wrażliwym i wartościowym charakterze. W takich przypadkach Izba dotychczas wprost wskazywała, że nie jest uzasadnione wymaganie od wykonawcy dowodów na potwierdzenie wartości gospodarczej informacji, jeżeli dla obiektywnej oceny ich spełnienia wystarczające jest oświadczenie wykonawcy i wyjaśnienie z jakich względów zastrzegane informacje uznaje za posiadające ten przymiot.
W szczególności, Odwołujący przywołał orzeczenie KIO wydanego w analogicznej sprawie dotyczącej wyjaśnień cenowych – wyrok KIO z dnia 20 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2781/20:*„W istocie nie wydaje się uzasadnionym wymaganie od wykonawcy wykazania dowodami oddzielnie każdej z przesłanek. W szczególności, że w przypadku przesłanki dotyczącej rodzaju informacji oraz przesłanki ujęcia danych w całości lub w unikalnym zbiorze, obiektywnej oceny ich spełnienia zazwyczaj można dokonać poprzez weryfikację rzeczowego i wiarygodnego oświadczenia wykonawcy”.* W analogicznym przypadku,
KIO wskazała w wyroku z dnia 9 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1957/22, KIO 1958/22, że:*„Skoro pojęcie "wartości*

gospodarczej" wiązać należy także z możliwością potencjalnej szkody przedsiębiorcy, a sama wysokość owej szkody jest dla ustalenia, czy dana informacja ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa kwestią wtórną, nie sposób oczekiwać od Wykonawcy, że przedstawi on kalkulację, wycenę, czy inny dokument wykazujący wartość zastrzeganych informacji. Wystarczające jest przedstawienie rzeczowego wyjaśnienia ze strony Wykonawcy (co Wykonawca niniejszym czyni), które to wyjaśnienie Zamawiający
i Izba, zestawiając z treścią zastrzeganych informacji, mogą ocenić.".

Odwołujący przywołał również inne orzeczenia Izby, np. wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2019 r. (sygn. akt KIO 1410/19), czy wyrok KIO z dnia 3 marca 2020 r. (sygn. akt KIO 330/20), w którym zawarto pogłębione rozważania na temat sposobu wykazywania wartości gospodarczej lub wyrok KIO z dnia 3 października 2017 r. (sygn. akt KIO 1816/17), w którym wskazano: *„W tym miejscu Izba wskazuje, że ocenie w zakresie zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlegają jedynie wyjaśnienia oraz uzasadnienie złożone przez wykonawcę, ale co najistotniejsze, przede wszystkich same informacje objęte zastrzeżeniem. To bowiem ich zakres, struktura oraz merytoryczna wartość decydują, czy doszło, na skutek respektowania tego zastrzeżenia przez podmiot zamawiający, do naruszenia art. 8 ust. 1 i 3, art. 96 ust. 3 i w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp."*

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego o ogólnym charakterze złożonego przez Konsorcjum Uzasadnienia, Odwołujący podkreślił, że złożone Wyjaśnienia przede wszystkim referują do złożonej tabeli kosztowej, zawierającej kilkaset pozycji wyjaśniających wykonane przez Wykonawcę obliczenia cenowe i co więcej – wspierających te obliczenia ich szczegółowym opisem oraz kilkudziesięcioma dowodami potwierdzającymi przyjęte ceny. Odwołujący dokonał syntezy powyższego w treści Uzasadnienia, wskazując w szczególności w pkt. 11 w sposób wyraźny, że chodzi o wysokość kosztów, politykę cenową, kontrahentów handlowych, organizację w przedsiębiorstwie, przyjęte koncepcyjne rozwiązania.

Tak opisane informacje stanowią istotę kalkulacji cenowych, które powszechnie uznawane są za informacje o wartości gospodarczej. Wymaganie bardziej szczegółowego opisania treści Wyjaśnień w treści Uzasadnienia prowadziłoby de facto do konieczności powtórzenia treści Wyjaśnień w treści Uzasadnienia, co nie wnosiłoby żadnego dodatkowego waloru do uzasadnienia tajemnicy, a tworzyłoby jedynie dodatkowe formalności dla wykonawców partycypujących w zamówieniach publicznych.

Z kolei potencjalna szkoda wynikająca z ich ujawnienia w szczególności została opisana w pkt. 10 Uzasadnienia ze wskazaniem, że ujawnienie zastrzeżonych informacji może doprowadzić do wypracowania przewag właściwych dla Konsorcjum w swoich przedsiębiorstwach i zniweczenia zdolności do konkurowania Konsorcjum w przyszłych przetargach na rynku. Nie jest to oczywiście odkrywcze stwierdzenie, jednak KIO wielokrotnie wskazywała, że nieuprawnione udostępnienie informacji dotyczących kalkulacji cenowych może doprowadzić do zmniejszenia przychodów przedsiębiorstwa i utraty klientów. Odwołujący uważa, że stanowi to okoliczność notoryjną, która nie powinna wymagać dalszego dowodu.

Zamawiający twierdzi ponadto, że treść Uzasadnienia wskazuje jedynie na istnienie przekonania Wykonawcy o możliwości wykorzystania zastrzeżonych informacji, ale nie na istnienie wartości gospodarczej w ujęciu obiektywnym. Ten obiektywny wymiar wartości gospodarczej miałby w mniemaniu Zamawiającego polegać na możliwości wykorzystania informacji wprost przez każdy podmiot. Zamawiający wydaje się zatem sugerować,
że wartość gospodarcza informacji polega na jej zaprezentowaniu jako gotowego do wykorzystania pakietu informacji, który każdy „z ulicy" może wykorzystać w celu prowadzenia działalności gospodarczej. Jest to pogląd nietrafny. Fakt, że informacja może zostać wykorzystana w sposób pośredni np. poprzez dostosowanie oferty w przyszłym przetargu do strategii cenowej przyjmowanej przez konkurenta, nie umniejsza przecież jej wartości
w walce konkurencyjnej jako prowadzącej do uzyskania przyszłych zamówień.

Całkowicie oderwane od powszechnie przyjętej interpretacji przepisów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa są także twierdzenia Zamawiającego o niemożliwości powołania się na potencjalną szkodę, jaką mógłby ponieść wykonawca wobec ujawnienia informacji zastrzeżonych. Ryzyko wyrządzenia szkody potencjalnej, stanowiącej typową konsekwencję bezprawnego wycieku informacji, od dawna i wielokrotnie aprobowane była w orzecznictwie jako świadczące o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Stanowisko takie zajął przykładowo Naczelny Sąd Administracyjny w przywołanym również w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 sierpnia 2017 r., sygn. akt II GSK 3485/15, zgodnie z którym wartość chronionej informacji nie musi być znacząca, może być też aktualna lub potencjalna, a także wielokrotnie KIO, przykładowo w wyrokach z 9 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1957/22, KIO 1958/22, czy też z dnia 22 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 715/21.

Odnosząc się do postulowanego przez Zamawiającego obowiązku wskazania wartości szkody, która miałaby zostać poniesiona w przypadku ujawnienia zastrzeżonych informacji, zdaniem Odwołującego przy tak ekstensywnych, szczegółowych
i wieloaspektowych informacjach jak przedstawiane w Wyjaśnieniach, podanie konkretnej wartości szkody związanej z ich ujawnieniem graniczy z niemożliwością, a w każdym wypadku wymagałoby ogromnego nakładu czasu i pracy odpowiednich specjalistów (najpewniej firmy audytowej), przerastającego sam proces kalkulacji ceny ofertowej. Skwantyfikowanie szkody stanowiącej o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji możliwe jest tylko w niektórych przypadkach, w związku z czym nie jest to konieczne dla skutecznego wykazania wartości gospodarczej – co dostrzegła we wcześniejszym orzecznictwie Izba (wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1957/22, 1958/22;*„Przepis art. 11 ust. 2 ZNKU stanowi, że ochrona dotyczy tylko takich poufnych informacji, które posiadają wartość gospodarczą. Nie można tu przyjąć jednolitej miary wartości, wprowadzając np. jego sztywne minimum.[…] "wartość gospodarcza" zastrzeganych informacji, choć stanowi konieczną przesłankę uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie jest pojęciem ściśle zdefiniowanym, w szczególności ustawodawca nie wymaga by wartość ta osiągnęła określony poziom. […] O ile więc w pewnych przypadkach wartość gospodarcza zastrzeganych informacji może zostać wyceniona w określony sposób (Izba zasadnie powołuje się tu na przykład wyceny znaków towarowych, patentów itp.), o tyle w szeregu przypadków - i to jest jeden z nich - przedsiębiorca nie dysponuje "gotową" wyceną wartości danej informacji, jednakże już sama okoliczność, że jej ujawnienie może wiązać się z potencjalną szkodą dla przedsiębiorstwa (przy czym bez znaczenia pozostaje wysokość tej szkody) pozwala na przyjęcie, że dana informacja ma "wartość gospodarczą". KIO wskazała też wprost, że „Skoro pojęcie "wartości gospodarczej" wiązać należy także*
z możliwością potencjalnej szkody przedsiębiorcy, a sama wysokość owej szkody jest dla ustalenia, czy dana informacja ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa kwestią wtórną, nie sposób oczekiwać od Wykonawcy, że przedstawi on kalkulację, wycenę, czy inny dokument wykazujący wartość zastrzeganych informacji.".

W ślad za pkt. 37-39 Uzasadnienia, Odwołujący dodatkowo podniósł, iż obowiązek ochrony zastrzeżonych informacji nie wynika jedynie z zakresu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu Uznk, ale uwzględnić należy

również ochronę informacji zgodnie z treścią Dyrektywy 2014/24, regulującej możliwość ochrony informacji jako poufnych na poziomie unijnym. Zgodnie z jej art. 50 ust. 4 oraz art. 55 ust. 3, ochronie mogą podlegać również informacje, których ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym wykonawcy lub mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji. Zastrzeżone w Wyjaśnieniach informacje powinny pozostać również utajnione ze względu na wypełnienie przesłanek, o których mowa w art. 50 ust. 4 i art. 55 ust. 3 Dyrektywy 2014/24.
[Zarzut nr 2]

Uzupełniająco do pierwszego, zasadniczego zarzutu naruszenia przepisów Odwołujący wskazał na rolę w postępowaniu postanowień SWZ, w których Zamawiający sformułował swoje wymagania, co do sposobu zastrzeżenia i wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa.

W świetle tych postanowień, nawet w przypadku przyjęcia – wbrew całości argumentacji przedstawionej do zarzutu pierwszego – że Odwołujący nie wykazał skutecznie, jaką wartość gospodarczą mają zastrzeżone informacje, to zastrzeżenie informacji było zgodne z wymaganiami SWZ, a przez to ich ujawnienie byłoby niezgodne z treścią SWZ, w odniesieniu do której wykonawcy mają prawo działać w pełnym zaufaniu, i w związku z tym bezprawne.

Zgodnie bowiem z treścią pkt. XI.IV.7 SWZ, Zamawiający wymagał w ramach uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa odpowiedzi na następujące pytania:
1) czy zastrzeżone informacje 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;
2) jakie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne, które Wykonawca uznaje za Tajemnicę Przedsiębiorstwa zawarte są w zastrzeżonych informacjach;
3) czy i ewentualnie jaką wartość gospodarczą posiadają powyższe informacje;
4) jakie niezbędne działania – przy zachowaniu należytej staranności – zostały przez Wykonawcę podjęte w celu zachowania poufności danych objętych tymi informacjami.

Zamawiający wymagał w treści składanych uzasadnień jedynie wskazania, że „informacje stanowią wartość gospodarczą", a wskazanie jaką traktowane było już jako ewentualne. Stąd, nawet gdyby uznać, że Odwołujący nie wykazał „jaką" wartość gospodarczą mają zastrzeżone informacje, to niewątpliwie wskazał, że taką wartość mają, co spełnia wymogi pkt. XI.IV.7.7.3 SWZ, jak również odpowiedział na pozostałe określone w pkt. XI.IV.7 SWZ pytania.

Zamawiający nie jest uprawniony wymagać od wykonawcy wykazania wartości gospodarczej w takim szczególe, skoro w treści SWZ wprost wskazywał, że jest to „ewentualne". Wprowadzenie dalej idącego wymogu na tym etapie postępowania stanowiłoby zmianę treści SWZ po upływie terminu składania ofert, co jest niedopuszczalne i rażąco naruszałoby zasadę proporcjonalności. Nie ma przy tym znaczenia, czy taka treść SWZ była intencją Zamawiającego, czy też stanowi skutek jego błędu, gdyż, w świetle jednolitego i utrwalonego orzecznictwa, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera błędy, nieścisłości lub nie jest jednoznaczna, to negatywne tego skutki nie mogą obciążać wykonawców bazujących na tych zapisach podczas postępowania.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący wnosił jak w petitum odwołania.

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

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

W aktach postępowania nie zarejestrowano zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze stron.

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

Biorąc pod uwagę dokumentację postępowania przekazaną elektronicznie przez Zamawiającego Izba ustaliła, że w dniu 24 lipca 2023 roku Odwołujący, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, został wezwany do złożenia wyjaśnień, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp. Zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W treści wezwania Zamawiający podał, że Wykonawca zaoferował realizację Zamówienia Wykonawczego w zakresie Części nr 1 za kwotę 212 092 002,83 zł brutto (łączna cena za Zamówienie Podstawowe oraz Zamówienie Opcjonalne). Kwota ta jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Zamawiający zaznaczył, że wyjaśnienie powinno wskazywać, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia w szczególności:

1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

3) ceny rynkowe aktualnie obowiązujące na rynku w odniesieniu do zaplanowanego zaangażowania zasobów ludzkich w zakresie wymaganego dokumentacją Personelu z uwzględnieniem kosztów ewentualnych delegacji;

4) ceny rynkowe aktualnie obowiązujące na rynku w odniesieniu do zaplanowanego zaangażowania zasobów technicznych przewidzianych w ofercie oraz wynikających z opisu przedmiotu zamówienia (m.in. licencje na oprogramowanie, koszt biura i jego utrzymanie, koszty samochodów itp.);

5) informację o przyjętym poziomie rezerw związanych z wyceną ryzyka przypisanych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz wysokością zaplanowanego zysku;

6) wycenę prac podwykonawców ze wskazaniem w tym zakresie otrzymanych ofert dla pracy osób, sprzętu lub gotowych usług;

7) koszty okołoprojektowe m.in. koszty polisy OC, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty związane z uzyskaniem decyzji administracyjnych, opinii, uzgodnień lub innych wymaganych dokumentacją;

8) ewentualnie inne okoliczności mające wpływ na wartość oferty.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca miał wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać na jakiej podstawie Wykonawca zaoferował cenę na takim poziomie.

Zamawiający podkreślił, że nie uzna za wystarczające samo powołanie się na istnienie określonych okoliczności, lecz wymaga wykazania w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia oraz jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia Wykonawca zobowiązany był poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje, w szczególności, gdy Wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami Zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się Wykonawca, faktycznie zachodzą.

W przypadku braku dołączenia do wyjaśnień stosownych dowodów, np. z powodu ich nieposiadania, Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień w tym zakresie uprawdopodobniających okoliczność uniemożliwiającą ich złożenia.

Zamawiający poinformował, że:

1) składając wyjaśnienia wraz z dowodami Wykonawca nie może zmienić ceny zaoferowanej w ofercie;

2) treść wyjaśnień wraz z dowodami musi odpowiadać treści złożonej oferty;

3) wyjaśnienia Wykonawcy wraz z dowodami powinny wykazywać, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, tj. jest to cena realna, skalkulowana w sposób rzetelny i nie zagraża realizacji zamówienia.

Zamawiający zaznaczył, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny mogą zostać objęte przez Wykonawców częściowo tajemnicą przedsiębiorstwa. W takiej sytuacji konieczne jest zastosowanie się do poniższych wytycznych:

1) konieczne jest w jednym folderze zgromadzenie wszystkich plików, które są jawne (w tym powinno znaleźć się również uzasadnienie zastrzeżenia) oraz w odrębnym folderze plików, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

2) przygotowanie w odrębnym pliku uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a nazwa pliku powinna zawierać słowo „uzasadnienie";

3) w przypadku, gdy Wykonawca chce objąć zastrzeżeniem dany dokument tylko częściowo, konieczne jest przygotowanie pliku w 2 wersjach: jednej zawierającej pełną treść dokumentu, a drugiej z usuniętym lub zasłoniętym fragmentem, który w ocenie Wykonawcy ma zostać objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Termin na złożenie Wyjaśnień, na wniosek Odwołującego, był dwukrotnie wydłużany.

Ostatecznie, w dniu 9 sierpnia 2023 roku, Odwołujący złożył wymagane wyjaśnienia wraz z dowodami, zastrzegając część z nich jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawiając w tym zakresie uzasadnienie zastrzeżenia.

Zamawiający, w dniu 17 sierpnia 2023 roku, poinformował, że Odwołujący, złożył w wymaganym terminie następujące dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa:

1) plik pn.: *2022-0423_CPK-HUB__BPM__PEŁNA TREŚĆ_TAJEMNICA_PRZEDSIEBIORSTWA_WYJAŚNIENIA_RNC___V12__sign-ww01* (w części);

2) plik. pn.: *Zał. nr 01 uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa TAJNE__sign-ww01* (w części);

3) dowody wskazane w piśmie wymienionym w pkt. 1 – zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa;

4) dowody wskazane w piśmie wymienionym w pkt. 2 – zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający po dokonaniu szczegółowej analizy dokumentów, w szczególności pisma zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poinformował, że nie uznał ich za tajemnicę przedsiębiorstwa i tym samym poinformował, że dokona odtajnienia złożonych wyjaśnień w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z zasadą, wyrażoną w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W opinii Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczonej pod adresem: https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/tajemnicaprzedsiebiorstwa wskazano, że: *Zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych zasad systemu prawnego Rzeczpospolitej Polskiej. Powszechne prawo do informacji wynika z art. 54 i 61 Konstytucji RP, przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.), a także z art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.).*

Ponadto zgodnie z orzeczeniem KIO z 29 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 720/21) Izba wyjaśniła, że przedsiębiorcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym w przepisach o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa według Pzp.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp: *nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.* Natomiast zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z dokumentacji dotyczącej postępowania należy do obowiązków Zamawiającego. Aby skutecznie utajnić określone informacje, organizator postępowania powinien najpierw zweryfikować dokonany przez Wykonawcę zakaz udostępnienia informacji. Weryfikacja powinna być poparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń oferenta. Należy zauważyć, że w konsekwencji powyższego, zastrzeżenie informacji lub dokumentów złożonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, powinno stanowić jedynie wyjątek od zasady jawności. Aby taki wyjątek został uznany za skuteczny Wykonawca winien jest wykazać, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki wynikające z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „u.z.n.k."), zgodnie z którym: *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do*

korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Dla uznania prawidłowości dokonanego zastrzeżenia niezbędne jest łączne spełnienie przesłanek wskazanych w ww. przepisie.

Ponadto, zgodnie z utartą linią orzeczniczą KIO: *Nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu,*
że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić,
że zastrzegana informacja taką wartość posiada – tak m.in. KIO w wyroku o sygn. akt: KIO 698/21 z 26 kwietnia 2021 r. oraz w wyroku z 23 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 636/18. Ciężar wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych oraz KIO wykazanie oznacza w istocie udowodnienie.

W wyroku o sygn. akt KIO 500/21 z 1 kwietnia 2021 r. KIO orzekła *że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej*
z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tak też KIO w wyroku z 26 kwietnia 2021 r. o sygn. akt KIO 902/21 KIO orzekła, że – *Q bowiązek „wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych to obowiązek leżący po stronie wykonawcy, który należy rozumieć w ten sposób, że podmiot zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wcześniejszego wezwania zamawiającego, udowodnić zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej tym przepisem ochrony.*

Podobnie wskazał Sąd Okręgowy w wyroku z 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, w którym stwierdził, że obowiązek wykazania, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa bliski jest pojęciu udowodnienia tego faktu. Ponadto sąd wskazał,
że dopuszczalne jest zastrzeganie jako tajemnica przedsiębiorstwa tylko konkretnych informacji, które posiadają takie walory, a nie całych dokumentów. Każda z informacji, która ma zostać zastrzeżona powinna być wyszczególniona, opisana i to do niej powinny być przyporządkowane argumenty uzasadniające objęcie tej konkretnej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Podkreślenia wymaga również fakt, że zgodnie z wyrokiem KIO 2758/21
z 19 października 2021 r. *Nie jest (…) rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, 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.*

Ponadto zgodnie z orzeczeniem TSUE z 17 listopada 2022 r. sygn. akt C-54/21 Zamawiający *musi ocenić, czy informacje te* (zastrzeżone jako tajemnica – przyp. Zamawiającego) *mają wartość handlową, która nie ogranicza się do danego zamówienia publicznego, gdyż ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym lub uczciwej konkurencji.* Zgodnie z przywołanym orzeczeniem Zamawiający powinien ocenić co jest *zasadniczą treścią* zastrzeżonych informacji, a następnie sporządzić streszczenie tych zasadniczych treści, celem ich ujawnienia konkurencyjnym wykonawcom.

Zamawiający dokonał analizy przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów i (….) wskazał, że Wykonawca objął w części tajemnicą przedsiębiorstwa samo uzasadnienie jej zastrzeżenia. Z kolei w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści samego uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy.

Zagadnienie braku możliwości zastrzegania treści uzasadnienia znajduje odzwierciedlenie w jednoznacznym stanowisku KIO: *Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów* (KIO 2498/18, wyrok z 17.12.2018 r.). W innym wyroku, KIO 214/18 z 2 listopada 2018 r., Izba orzekła jeszcze bardziej dosadnie: *Uznaje się zastrzeganie wyjaśnień podstaw dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za szczególnie naganne. Jest to działanie ograniczające jawność postępowania o udzielenie zamówienia oraz możliwość kontroli czynności zamawiającego w postępowaniu odwoławczym*. Tym samym odtajnienie części dokumentu zawierającego uzasadnienie objęcia części informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest bezsporne.

Dalej Zamawiający podał, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienie zastrzeżenia tajemnicy jest zbiorem pojedynczych ogólnych twierdzeń Wykonawcy i nie zawiera praktycznie żadnych argumentów faktycznie potwierdzających, że zastrzeżonym informacjom (nawet traktowanym jako zbiór) powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Samo przekonanie Wykonawcy o posiadaniu przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej nie jest wystarczające. Wykonawca w celu wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przywołał w uzasadnieniu kilka orzeczeń KIO. Jednakże przywołanie pasujących tez orzeczeń nie może być przez Zamawiającego poczytane jako wykazanie przesłanki. Należy również podkreślić, iż mimo wskazania w uzasadnieniu zastrzeżenia na wartość gospodarczą, Wykonawca nie wykazał ani nie udowodnił takowej wobec zastrzeżonych informacji.

Wykonawca nie może wykazania wartości gospodarczej danej informacji zastąpić jedynie stwierdzeniem, gdyż wykazanie tej wartości stanowi warunek konieczny do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zgodnie z przyjętą linią orzeczniczą KIO na Wykonawcy leży obowiązek wykazania, że zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa informacja przedstawia konkretną wartość gospodarczą dla wykonawcy i właśnie z tego powodu pozostaje poufna (sygn. KIO 2519/22, KIO 2533/22). Wykonawca wskazuje jednak, że *prezentowane dane i kalkulacje opierają się o indywidualne informacje i możliwości techniczne oraz organizacyjne i handlowe członków Konsorcjum,* zatem, w ocenie Zamawiającego, nie ma możliwości ich wykorzystania w oparciu o indywidualne informacje
i możliwości techniczne oraz organizacyjne i handlowe innych podmiotów.

Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał w tym zakresie także postanowienia o treści: *Konkurencja byłaby w stanie*

odczytać z treści „między wierszami", nawet na podstawie jedynie podstawowych danych zawartych w Wyjaśnieniach i wyrwanych z ich całościowego kontekstu, wiele informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, ujawnioną tylko Zamawiającemu w celu wykazania podstaw kalkulacji ceny i w zaufaniu do prawidłowości podejmowanych przez niego decyzji, co w ocenie Zamawiającego wskazuje na jedynie istnienie przekonania Wykonawcy o możliwości jej wykorzystania. Z kolei wartość gospodarczą informacji należy oceniać nie w oparciu o subiektywne przekonanie podmiotu, że ktoś może z informacji wyinterpretować coś „między wierszami" lub wyrwać z kontekstu,
a w oparciu o obiektywny wymiar tej wartości gospodarczej (informacja może być wykorzystana wprost przez każdy podmiot). Wykonawca w dalszej kolejności wspomina
w swoim uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa o potencjalnej szkodzie jaką mógłby ponieść wobec ujawnienia informacji zastrzeżonych nie wskazując na nawet przybliżoną wartość tej potencjalnej szkody. Sam wykonawca wskazuje jednak na niepewność szkody („potencjalna"), co także dowodzi, że nie można wprost zastrzeżonym informacjom przypisać waloru posiadania wartości gospodarczej.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie udowodnił, jaką konkretną i sprecyzowaną wartość gospodarczą posiadają informacje dotyczące posiadanych rabatów i upustów. Powyższe jest jedynie wiadomym stwierdzeniem, które jest znane każdemu uczestnikowi rynku zamówień publicznych. Z kolei wszelkie dywagacje Wykonawcy w zakresie *„osłabienia"* jego pozycji na rynku pozostają w sferze domysłów i zdarzeń hipotetycznych, nie potwierdzonych żadnymi przykładami przez Wykonawcę. Sam fakt, że do takiej sytuacji może dojść nie świadczy o tym, że informacja, która może pośrednio doprowadzić do takiego zdarzenia ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z przedstawionych przez Wykonawcę w uzasadnieniu stwierdzeń trudno wyinterpretować wykazanie jakiejkolwiek wartości gospodarczej, w szczególności trudno ją przyporządkować do konkretnych elementów, które Wykonawca chce zastrzec jako tajemnice przedsiębiorstwa. Wartość gospodarcza powinna być przedstawiona w odniesieniu do każdej indywidualnej informacji, których Zamawiający nie znajduje w przedstawionym uzasadnieniu.

Zamawiający zaznaczył, że jego działania są zgodne z aktualną linią orzeczniczą KIO, w tym wyrok z 23 stycznia 2023 r. (KIO 21/23), który zapadł w toku innego postępowania wykonawczego Zamawiającego w toku realizacji tej samej umowy ramowej. We wspominanym wyroku Izba podkreśliła, że dominująca obecnie linia orzecznicza traktuje zasadę jawności priorytetowo i nadaje jej rangę jednej z najważniejszych zasad jaką należy kierować się w procesie udzielania zamówień. Ograniczenia tej zasady powinny występować tylko w przypadku rzetelnego wykazania wszystkich przesłanek, co – w ocenie Zamawiającego - nie miało miejsca w tym wypadku.

Zamawiający przypomniał, że brzmienie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje, że to na Wykonawcy spoczywa obowiązek uczynienia zadość łącznie wszystkim przesłankom w nim zawartym, a brak ich spełnienia pociąga za sobą skutek w postaci odtajnienia przez Zamawiającego złożonych dokumentów.

Uwzględniając powyższe Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał – nie udowodnił, że zastrzeżone przez niego informacje wypełniają łącznie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a tym samym, że zasługują na ochronę w postępowaniu. W związku z powyższym Zmawiający uznał, że złożone wyjaśnienie podlegają odtajnieniu w całości.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uważa, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem
o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Przy tym, zgodnie
z regulacją ust. 3 tego przepisu, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913, dalej jako „UZNK"), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp.
Z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika więc, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykazania kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 UZNK w odniesieniu do określonych informacji.

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

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

W ocenie Izby Zamawiający słusznie zanegował zastrzeżenie informacji przedstawione przez Odwołującego z powodu niewykazania przesłanki posiadania przez dane informacje określonej wartości gospodarczej.

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

Odwołujący nie wyjaśnił, na czym polega ani w jaki sposób wymierny na jego pozycje na danym rynku przekłada

się wartość zastrzeżonej informacji. Wykonawca powinien był wykazać, że zastrzegane informacje posiadają wartość gospodarczą, podczas gdy w kilku zdaniach o ogólnym charakterze odwołał się do wskazanego pojęcia i szeroko przywołał tezy orzecznicze. Natomiast poglądy o konieczności realnego wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji wielokrotnie wyrażała Izba m.in. w wyrokach KIO 1091/19, KIO 59/21, KIO 720/21.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji w elemencie odnoszącym się do wartości gospodarczej tych informacji miało ogólny charakter, nie konkretyzowało informacji na potrzeby prowadzonego postępowania o udzielenie zmówienia publicznego. Na rozprawie Odwołujący wywodził, że Zamawiający winien był zestawić twierdzenia uzasadnienia zastrzeżenia z treścią samych wyjaśnień rażąco niskiej ceny i w ramach tego porównania dokonać oceny wartości handlowej informacji. Przypomnieć należy, iż nie jest rolą Zamawiającego dochodzenie, które informacje z szeregu przedstawionych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca uważa za przedstawiające rzeczywistą wartość gospodarczą i jak należy identyfikować tę wartość. To na Odwołującym spoczywał obowiązek, zgodnie z którym miał On w uzasadnieniu zastrzeżenia dokonać wykazania przesłanek umożliwiających z uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, by Zamawiający bez większych problemów mógł te dane zidentyfikować. Przy czym Izba zgadza się z Odwołującym, że wykazanie przesłanki wartości gospodarczej nie musi oznaczać podania konkretnej wartość. Jak celnie zauważył na rozprawie Odwołujący, może ono polegać na rzeczowym uzasadnieniu, złożeniu wyjaśnień, w zależności od charakteru informacji bazowych – czyli wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wartość tę można omówić i wykazać w odniesieniu do każdej z zastrzeganych informacji. Takich elementów uzasadnienie zastrzeżenia informacji złożone przez Odwołującego nie zawiera. Odwołujący w uzasadnieniu posługuje się kategoriami ogólnymi, wyraża przeświadczenie, że zastrzeżone informacje posiadają jakąś wartość gospodarczą. Na rozprawie Odwołujący dokonał zestawienia treści uzasadnienia zastrzeżenia z konkretnymi elementami wyjaśnień. Gdyby takie zestawienie zawierało się w samym uzasadnieniu zastrzeżenia, można byłoby zastawiać się, czy jest to wystarczająca metoda na wykazanie przesłanki wartości gospodarczej danej kategorii informacji. Elementu tego jednak zabrało w złożonym Zamawiającemu uzasadnieniu.

O ile można zgodzić się, że Odwołujący w pkt 10 uzasadnienia podkreślił w jakich czynnikach upatruje wartości gospodarczej zastrzeganych informacji (*indywidulane informacje i możliwości techniczne oraz organizacyjne i handlowe członków Konsorcjum wypracowane w oparciu o wieloletnią działalność na polskim rynku*), to już nie wskazano w jaki sposób poznanie tych czynników może przełożyć się na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji i przede wszystkim umniejszenie wartości gdyby czynniki te poznali inni wykonawcy. Odwołujący enigmatycznie podaje, że ujawnienie tych informacji może zostać ukierunkowane na zdobycie przewagi na rynku zamówień publicznych w przyszłych przetargach. Jest to tak ogólne i pojemne stwierdzenie, że można je odnieść do wielu aspektów związanych ze złożeniem oferty w postępowaniu, co jeszcze nie oznacza, że taka informacja przedstawia i stanowi wartość gospodarczą danego przedsiębiorstwa. Jak wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2023 roku (sygn. akt XXIII Zs 24/23),*Warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazania, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne. Natomiast nie jest istotne, czy omawiana wartość jest wysoka, czy niska, ważne jest, aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji".*

Dalej w punkcie 11 uzasadnienia zastrzeżenia Odwołujący wywodził, że *„Całościowy zbiór informacji zawarty w Wyjaśnieniach Wykonawcy pozwoliłby wnioskować wiele informacji finansowych, handlowych, jaki i technicznych, w tym np. o wysokości kosztów, polityce cenowej, kontrahentach handlowych, organizacji w przedsiębiorstwie, a także przyjętych koncepcyjnych i rozwojowych rozwiązań, jak i innych wrażliwych szczegółach wskazanych w Wyjaśnieniach".* Nadal jednak uzasadnienie zastrzeżenia nie odwołuje się do konkretnych elementów zawartych w wyjaśnieniach ceny ofertowej. Takie twierdzenia można zastosować w każdym postępowaniu, każdorazowo podczas złożenia oferty, do wielu aspektów przedmiotowych oferty. Tymczasem Odwołujący winien był wykazać, które konkretnie informacje przedstawione w wyjaśnieniach kalkulacyjnych zasługują na ochronę i dlaczego tak jest. Izba nie znalazła przeszkód, by w uzasadnieniu zastrzeżenia przywołać konkretne strony lub punkty złożonych wyjaśnień a stanowiące o wyjątkowym charakterze danych informacji. Choć Odwołujący złożył obszerne i wieloaspektowe wyjaśnienia kalkulacji cenowej, to uzasadnienie, że dane informacje stanowić powinny tajemnicę przedsiębiorstwa jest bardzo ogólne i enigmatyczne, nie zawiera odniesień do poszczególnych kategorii informacji przedstawionych w samych wyjaśnienia.

Z drugiej strony dostrzeżenia wymaga, iż okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Odwołujący skalkulował cenę na potrzeby tego postępowania, jak określił nakłady do poniesienia, czy też jaką marżę zastosował w tym konkretnym postępowaniu, nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów Odwołującego i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Pewną oczywistością jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Brak jest jednak podstaw do stwierdzenia, że określone dane zawarte w wyjaśnieniach Odwołującego faktycznie dawałyby innym wykonawcom możliwość ustalenia, jaką potencjalną cenę mógłby on zaoferować w innych postępowaniach. Za pewnego rodzaju paradoks można uznać wywody Odwołującego, że z jednej strony kieruje się on indywidulanym podejściem, wypracowanym w oparciu o działalność na danym rynku, a z drugiej strony uważa, że to indywidulane podejście może po pierwsze zostać zidentyfikowane przez konkurencyjne podmioty i na dodatek wykorzystane w innych postępowaniach.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego zostało oparte na ogólnych, subiektywnych stwierdzeniach, bez wskazania żadnych danych pozwalających na obiektywne zweryfikowanie jego przypuszczeń. Uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawiera hasłowe zapewnienia, których Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować. Zdaniem Izby samo uzasadnienie zastrzeżenia winno bowiem taką weryfikację umożliwiać.

Co do drugiego z zarzutów odwołania, to trudno w złożonym uzasadnieniu zastrzeżenia poszukiwać, że Odwołujący wskazał jaką wartość gospodarczą posiadają zastrzegane informacje. Skoro, zgodnie z treścią SWZ, Zamawiający wymagał odpowiedzi na pytanie, jaką wartość (nawet ewentualną) posiadają zastrzegane informacje, to wbrew twierdzeniom odwołania, nie było wystarczające udzielenie odpowiedzi pozytywnej, że taka wartość gospodarcza istnieje. Oczywistym dla Izby jest i oczywistym powinno być dla Odwołującego, jak profesjonalisty działającego w danej branży i na rynku zamówień publicznych, iż samo „wskazanie" nie będzie wypełniało zapisów reguł określonych w SWZ. „Wskazanie" nie polega na zamieszczeniu w uzasadnieniu zastrzeżenia ogólnego twierdzenia, że dane informacje czy

zbiór informacji posiadają wartość gospodarczą dla danego podmiotu. Odwołujący jako podmiot wielokrotnie biorący udział w procesie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego zdaje sobie sprawę, że zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa dopiero wtedy będzie skuteczne, gdy wykaże się wszystkie przesłanki określone w ustawie Pzp i UZNK. Wykazanie natomiast nie polega na „wskazaniu", że dana kategoria informacji posiada wartość gospodarczą. Zapisy SWZ nie wprowadziły więc innych reguł niż określone w przepisach powszechnie obowiązujących i to do ich treści i wymagań winien odnieść się Odwołujący uzasadniając skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie
i oddaliła odwołanie w całości.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

……