

Sygn. akt: KIO 2541/23

WYROK
z dnia 11 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę City Parking Group spółkę akcyjną z siedzibą w Grudziądzu przy ul. Budowlanych 3 (86-300 Grudziądz) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Kalisz – Zarząd Dróg Miejskich w Kaliszu z siedzibą w Kaliszu przy ul. Złotej 43 (62-800 Kalisz)

przy udziale wykonawcy Projekt Parking spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy ul. Drużbickiego 11 (61-693 Poznań), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu odstąpienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które zostały złożone przez: wykonawcę Projekt Parking spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu dnia 1 sierpnia 2023 r. i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Indigo Polska spółkę akcyjną z siedzibą w Gdańsku i MBS Computergraphik spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Błoniu w dniu 10 sierpnia 2023 r. oraz udostępnienie ich odwołującemu.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Kalisz – Zarząd Dróg Miejskich w Kaliszu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę City Parking Group spółkę akcyjną z siedzibą w Grudziądzu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Miasta Kalisz – Zarządu Dróg Miejskich w Kaliszu na rzecz wykonawcy City Parking Group spółki akcyjnej z siedzibą w Grudziądzu, kwotę w wysokości 18 600 zł gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) 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 2541/23

Uzasadnienie

Miasto Kalisz – Zarząd Dróg Miejskich w Kaliszu, zwany dalej: „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Zainstalowanie*

i zaprogramowanie 65 sztuk parkomatów dla Strefy Płatnego Parkowania w Kaliszu wraz z prowadzeniem czynności techniczno – organizacyjnych związanych z ich serwisowaniem, obsługą i kompleksowym utrzymaniem (nr referencyjny: ZP.271.2.1.2023), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 czerwca 2023 r. pod numerem: 2023/S 105-330703.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 28 sierpnia 2023 r. wykonawca City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego w postaci odmowy odstąpienia całości wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, złożonych przez:

a) Projekt Parking Sp. z o.o.;

b) konsorcjum: Indigo Polska S.A. (partner) oraz MBS Computergraphik Sp. z o.o. (lider).

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1 - 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, przez ograniczenie jawności postępowania w sposób nieuzasadniony, tj. poprzez uznanie za zasadnie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa

w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez:

a) Projekt Parking Sp. z o.o.;

b) konsorcjum Indigo Polska S.A. (partner) oraz MBS Computergraphik Sp. z o.o. (lider);

w sytuacji, gdy powyższemu wykonawcy wraz z przekazaniem tych informacji nie wykazali, że spełniają one przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, dalej jako uznk).

Wskazując na powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie w całości;

- nakazanie zamawiającemu odstąpienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Projekt Parking Sp. z o.o. oraz konsorcjum Indigo Polska S.A. i MBS Computergraphik Sp.

z o.o. oraz udostępnienie ich odwołującemu.

W zakresie interesu w uzyskaniu zamówienia odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie przysługują podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego

zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący stwierdził, że posiada interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 505 ust. 1 Pzp. W tym kontekście zwrócił uwagę, że złożył ofertę, która zgodnie z informacją otwarcia ofert z dnia 12 lipca 2023 r. jest drugą, po ofercie wykonawcy Projekt Parking Sp. z o.o., najwyżej ocenioną ofertą. Celem złożenia odwołania jest doprowadzenie do sytuacji, w której odwołujący otrzyma dostęp do wyjaśnień złożonych przez Projekt Parking Sp. z o.o. oraz konsorcjum Indigo Polska S.A. oraz MBS Computergraphik Sp. z o.o., dotyczących wyliczenia ceny i będzie mógł je zweryfikować. Jeżeli bowiem udzielone przez powyżej wskazane podmioty wyjaśnienia nie wypełniają wymogów wynikających z art. 224 ust. 3 Pzp, nie są kompleksowe i precyzyjne, nie potwierdzają prawidłowości zaofferowanej ceny, a nade wszystko nie są poparte odpowiednimi dowodami, oferta Projekt Parking Sp. z o.o. oraz konsorcjum Indigo Polska S.A. i MBS Computergraphik Sp. z o.o., powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. W takiej sytuacji oferta odwołującego stanie się jedyną ofertą w postępowaniu, co uzasadnia dążenie odwołującego do kompleksowego poznania treści oferty oraz wyjaśnień ceny ofertowej Projekt Parking Sp. z o.o. oraz konsorcjum Indigo Polska S.A. i MBS Computergraphik Sp. z o.o., oraz potwierdzenia na tej podstawie czy w sprawie występują podstawy do odrzucenia ofert Projekt Parking Sp. z o.o. oraz konsorcjum Indigo Polska S.A. i MBS Computergraphik Sp. z o.o. złożonych w postępowaniu. W ocenie odwołującego zamawiający bezzasadnie uznając prawidłowość zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa przez Projekt Parking Sp. z o.o. oraz konsorcjum Indigo Polska S.A. i MBS Computergraphik Sp. z o.o. uniemożliwił odwołującemu realną kontrolę procesu wyboru oferty. W ocenie odwołującego uwzględnienie przedmiotowego odwołania umożliwi mu zapoznanie się ze złożonymi przez Projekt Parking Sp. z o.o. oraz konsorcjum Indigo Polska S.A. i MBS Computergraphik Sp. z o.o. wyjaśnieniami, zgodnie z zasadą jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto odwołujący wskazał, że przesłanką legitymacji do wniesienia odwołania jest także możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący podniósł, że prowadzi działalność gospodarczą, która koncentruje się wokół tworzenia i zarządzania płatnymi strefami parkowania. Znaczną część zobowiązań odwołującego, dotyczy kontraktów pozyskanych w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Zainteresowanie odwołującego uzyskaniem zamówienia będącego przedmiotem postępowania prowadzonego przez zamawiającego miało być zatem związane bezpośrednio z profilem jego działalności. Zdaniem odwołującego jakiegokolwiek naruszenia po stronie zamawiającego, które mogą mieć wpływ na końcowy wynik postępowania, w przedmiotowym stanie faktycznym wprost narażają go na szkodę i utratę jednego ze źródeł dochodu.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że w jego ocenie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Projekt Parking Sp. z o.o. jak również przez konsorcjum Indigo Polska S.A. i MBS Computergraphik Sp. z o.o. jest nieskuteczne.

Odwołujący wyjaśnił, że łącząc art. 18 ust. 3 Pzp z art. 11 ust. 2 uznk należy przyjąć, że dla skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy niezbędne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

1) zastrzeżenie określonej informacji jako niepodlegającej udostępnieniu;

2) wykazanie, że informacja ta jest tajemnicą przedsiębiorstwa, tj.:

a) stanowi informację techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informację posiadającą wartość gospodarczą;

b) nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna zarówno jako całość lub jako element zestawienia/zbioru;

c) wobec której wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odwołujący stwierdził, że wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie.

Zdaniem odwołującego zastrzeżenie złożone przez Projekt Parking Sp. z o.o. oraz konsorcjum Indigo Polska S.A. i MBS Computergraphik Sp. z o.o. całej merytorycznej treści wyjaśnień ceny oraz załączonych do nich dokumentów było bezpodstawne, gdyż przedmiotowi wykonawcy w złożonych wraz z wyjaśnieniami uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazali ziszczenia się wszystkich przesłanek o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Sama ocena zamawiającego, w świetle przedstawionych przez tych wykonawców uzasadnień zastrzeżenia informacji poufnych nie mogła znaleźć akceptacji. Ponadto złożone przez Projekt Parking Sp. z o.o. oraz konsorcjum Indigo Polska S.A. i MBS Computergraphik Sp. z o.o. wyjaśnienia tajemnicy były bardzo ogólne i w żaden sposób nie potwierdzały zasadności poczynionego utajnienia. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na zamawiającym.

A. Wyjaśnienia Projekt Parking Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że ww. wykonawca uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczył się jedynie do przedstawienia ogólnikowych twierdzeń, które

w żadnym razie nie mogą być uznane za wykazanie zasadności, do czego referuje art. 18 ust. 3 Pzp. Odwołujący zauważył, że w określonych okolicznościach, konkretne informacje stanowiące wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie prowadzi to jednak do automatycznego wniosku, że wykonawca jest zwolniony z obowiązku wykazania, że wyjaśnienia składane przez niego w konkretnym postępowaniu również mogą być za tę tajemnicę uznane. Wykonawca powołał się również na rzekome umowy o poufności, które zawarł z kontrahentami. W tym miejscu odwołujący jednoznacznie podniósł, że zawarcie umowy poufności nie przesądza o możliwości uznania określonych informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie może być elementem oceny spełniania jednej z przesłanek ustawowych do postawienia takiej tezy. Nadal wykonawca musi zadać sobie trud udowodnienia zamawiającemu, że informacje te spełniają każdą z przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Zdaniem odwołującego wykonawca tak naprawdę nie przedstawił żadnych merytorycznych argumentów, które zmierzałyby do wykazania, że złożone wyjaśnienia w całości lub części stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 uznk. czy głoślowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tak właśnie zadziałał wykonawca. Odwołujący skonstatował, że Izba rozpoznając odwołanie bada czynność zamawiającego polegającą na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. W ocenie odwołującego, zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania wyjaśnień ceny wykonawcy za skutecznie zastrzeżone.

B. Wyjaśnienia konsorcjum Indigo Polska S.A. i MBS Computergraphik Sp. z o.o.

Odwolujący wskazał, że zamawiający powinien bardzo dokładnie przeanalizować skuteczność zastrzeżenia, oraz tego czy wykonawca wykazał w świetle art. 11 ust. 2 uznek zasadność utajnienia. Truizmem miało być stwierdzenie odwołującego, że zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania – jest wyjątkiem od tej zasady. Należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* – czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Każde odejście od zasady jawności postępowań

o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność informacji szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym przyjęciu przez zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

Odwolujący podniósł, że uzasadnienie złożone przez konsorcjum Indigo Polska S.A. oraz MBS Computergraphik Sp. z o.o., podzielone zostało na cztery części, z czego pierwsza stanowiła „uwagi wstępne” i w rzeczywistości nie miała żadnego znaczenia dla oceny zasadności zastrzeżenia jawności. Zawierała ona bowiem jedynie powołanie definicji ustawowej, orzecznictwa i poglądów doktryny, bez odniesienia ich do danych rzeczywiście przekazywanych. W zakresie części drugiej uzasadnienia zatytułowanej „charakter zastrzeżonych informacji oraz ich wartość gospodarcza”, wykonawca podjął nieskuteczną,

w ocenie odwołującego, próbę wykazania, że przekazane informacje spełniają wymagane przesłanki. Zdaniem odwołującego, wykonawca poprzestał na ogólnikowych wskazaniach.

W konsekwencji wyjaśnienia konsorcjum Indigo Polska S.A. oraz MBS Computergraphik Sp. z o.o. nie były zindywidualizowane i stanowiły jedynie ogóle przedstawienie potencjalnej wartości jakie przekazane dane mają dla zastrzegającego. Uzasadnienie, które złożył wraz wyjaśnieniami ceny było na tyle ogólne, że mogłoby zostać złożone przez dowolnego wykonawcę w dowolnym postępowaniu bez względu na jego przedmiot.

Brak wykazania wartości gospodarczej

W tej części uzasadnienia odwołujący wskazał, że wykonawca, aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznek powinien wykazać wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Nie wystarcza samo lakoniczne stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy, 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. Wartość gospodarczą należy omówić i wykazać, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Natomiast na gruncie przedmiotowej sprawy wykonawcy wyłącznie ogólnie odnieśli się w zakresie wartości gospodarczej przekazywanych zamawiającemu dokumentów.

Z treści uzasadnienia przedłożonego przez Projekt Parking Sp. z o.o., wywieść można wyłącznie, że „Dane cenowe wraz z opisem zyskują znaczenie gospodarcze, zważywszy na fakt, że informacje kwotowe zostały w tych wyjaśnieniach opatrzone komentarzem z punktu widzenia kalkulacji ceny oferty. Są to istotne składniki zaferowanej ceny, skalkulowanej na potrzeby konkretnego postępowania i konkretnego przedmiotu zamówienia”. Zdaniem odwołującego nie sposób zgodzić się z wykonawcą, iż przedłożone dane „zyskują znaczenie gospodarcze” z uwagi na to, że zostały opatrzone komentarzem. Analogicznie, oczywistym jest fakt, że każde postępowanie prowadzone przez zamawiających jest różne o dotyczy innego przedmiotu zamówienia, wobec czego okoliczność ta w żaden sposób nie wpływa na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Powyższy lakoniczny opis przedłożony przez Projekt Parking Sp. z o.o. nie stanowi wykazania, że zastrzeżone informacje rzeczywiście mają istotną wartość gospodarczą.

W ocenie odwołującego analogicznie konsorcjum Indigo Polska S.A. oraz MBS Computergraphik Sp. z o.o. nie podał wartości gospodarczej dla żadnej z zastrzeganych informacji, wskazując jedynie ogólnikowo, że: „W szczególności ochronie podlegają informacje na temat grona podwykonawców i kontrahentów Wykonawcy, warunków handlowych współpracy Wykonawcy z jego podwykonawcami i kontrahentami, poziomu cen nabywanych urządzeń i komponentów, stosowanej marży i innych warunków finansowo – handlowych współpracy. Z tego też względu informacje te mają istotne znaczenie z punktu widzenia uzasadnionych interesów Wykonawcy, a także posiadają zdecydowanie gospodarczy charakter. W świetle zaprezentowanej w niniejszym piśmie argumentacji, informacje te nie mogą być ujawniane podmiotom trzecim. Mając na uwadze powyższe należy więc stwierdzić, iż ujawnienie zastrzeżonych przez Wykonawcę danych skutkować może zachwianiem konkurencji rynkowej oraz poważnym naruszeniem interesów i dóbr osobistych Wykonawcy”. Odwołujący wyjaśnił, że konsorcjum nie wskazało poza ogólnym powołaniem możliwość zachwiania konkurencji rynkowej oraz poważnym naruszeniem interesów i dóbr osobistych, w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby rzeczywiście wpłynąć na działalność przedsiębiorstwa, jakie starty mogłoby przynieść, ewentualnie jakie zyski przedłożyłoby to konkurentom. Uzasadnienie przedstawione w tym zakresie przez konsorcjum było tak abstrakcyjne, że mogłoby zostać użyte w każdym postępowaniu. Co istotne, wykonawca MBS Computergraphik Sp. z o.o. tożsame wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia rażąco niskiej ceny przedstawił w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa 120 sztuk parkometrów wraz z serwisem”, prowadzonym przez Gdański Zarząd Dróg i Zieleni. Na skutek odwołania, Izba w wyroku z dnia 4 kwietnia 2023 r., (sygn. akt KIO 783/23), nakazała zamawiającemu dokonać unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnić wyjaśnienia wykonawcy MBS Computergraphik Sp. z o.o. z siedzibą w Błoniach w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

W konkluzji dla tej części odwołujący stwierdził, że wykonawcy wyłącznie ogólnikowo wskazali na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, co oznacza, że nie wykazali istnienia ww. przesłanki, a to z kolei powinno prowadzić do odtajnienia wyjaśnień. Uznanie takich wyjaśnień za prawidłowe stoi w sprzeczności z aktualnym orzecznictwem Izby w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Brak dowód potwierdzających podjęcie działań w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności

W tym zakresie odwołujący wyjaśnił, że zasadność odtajnienia w odniesieniu do całości dokumentów uzasadnia nie tylko złożenie wyjaśnień ogólnych i brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, ale również (niezależnie od powyższego), brak przedłożenia dowodów uzasadniających podjęcie działań mających na celu zachowanie informacji w poufności. W wyroku KIO z dnia 9 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 477/20, Izba wprost stwierdziła, że mimo iż zastrzeżone dokumenty stanowiące tak jak w niniejszym postępowaniu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny co do zasady potencjalnie posiadały walor tajemnicy, jednak w związku z brakiem dowodów odtajnieniu podlegała cała ich treść.

Z dokumentów udostępnionych odwołującemu miało wynikać, że Projekt Parking Sp. z o.o. oraz konsorcjum Indigo Polska S.A. oraz MBS Computergraphik Sp. z o.o., w sposób ogólny odnieśli się również do wykazania poufności zastrzeganych informacji wskazując, że ma do nich dostęp jedynie ograniczony krąg osób, oraz że podjęli stosowne środki w celu zachowania informacji w poufności. Zdaniem odwołującego nie sposób było uznać, aby uzasadnienia wykonawców czyniły zadość wykazaniu, że podjął on przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania zastrzeżonych dokumentów poufności,

o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Wykonawcy wskazali co prawda na procedury stosowane wewnątrz organizacji ale nie przedstawili na te okoliczność jakichkolwiek dowodów. Odwołujący podniósł, że nie udostępniono mu takich dokumentów, nie zostały one również wymienione w treści wyjaśnień tajemnicy jako załączniki, więc nic nie wskazuje na to, aby takie dokumenty zostały do wyjaśnień dołączone.

Powyższe względy zdaniem odwołującego przesądzały o tym, że Projekt Parking Sp. z o.o. oraz konsorcjum Indigo Polska S.A. oraz MBS Computergraphik Sp. z o.o., nie wykazali, iż podjęli wystarczające działania zmierzające do zachowania utajnionych informacji

w poufności. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na fakt, że jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej Izby kwestia wykazania nie oznacza jedynie wskazania, opisanie określonych czynności podejmowanych przez wykonawcę w celu zachowania w poufności zastrzeganych informacji, ale konieczność udowodnienia skutecznej ich ochrony.

Zdaniem odwołującego uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć charakter wiarygodny i możliwy do sprawdzenia, nie zaś nieweryfikowalny. Skoro wykonawcy deklarują, że stosują szereg środków mających na celu zachowanie poufności zastrzeżonych informacji, to nie ulega wątpliwości, że mogli i powinni je przedstawić w toku postępowania przetargowego. W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślano, że nie jest wystarczającym powołanie się na stosowanie środków ochrony informacji, konieczne jest przedstawienie dowodów potwierdzających ich stosowanie, a nie sprostanie ciężarowi dowodu w tym zakresie powinno skutkować ujawnieniem zastrzeżonych informacji. Co ważne, zamawiający nie jest uprawniony do oceny czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie do tego czy wykonawca, który tak twierdzi, powyższe wykazał (wyrok KIO 991/22 z dnia 9 maja 2022 r.). Jednocześnie odwołujący podniósł, że zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa podlegają informacje zawarte w dokumentach, a nie całe dokumenty. Jeśli ich fragmenty nie zawierają informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa, to nie powinny być zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa (wyrok KIO 197/22 z dnia 8 lutego 2022 r.). Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności całości dokumentów jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, a w konsekwencji weryfikacji działań zamawiającego polegających na ocenie prawidłowości wyceny ofert, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie zostało dokonane bezzasadnie i w sposób niezgodny z wymaganiami, a zatem wyjaśnienia przedłożone przez Projekt Parking Sp. z o.o. oraz konsorcjum Indigo Polska S.A. i MBS Computergraphik Sp. z o.o., powinny zostać odtajnione w celu m.in. umożliwienia odwołującemu ich weryfikacji i ewentualnie skorzystania ze środków ochrony prawnej jeżeli zajądą ku temu podstawy.

W końcowej części uzasadnienia odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 554 ust. 1 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu – w ocenie odwołującego – niewątpliwie występowała okoliczność, w której zamawiający niezasadnie odmówił udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Projekt Parking Sp. z o.o. oraz konsorcjum Indigo Polska S.A. oraz MBS Computergraphik Sp. z o.o.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Projekt Parking Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

W dniu 7 września 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której zawarł argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Zamawiający uznał, że obaj wykonawcy wskazani w odwołaniu

w ustawowym terminie wykazali w sposób wystarczający dokonane przez siebie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na wstępie zamawiający wyjaśnił, że zaznaczenia wymagał fakt notoryjnie znany polegający na tym, że odwołujący i przystępujący są dwoma największymi na terenie Polski podmiotami świadczącymi usługi serwisu, dzierżawy czy sprzedaży urządzeń do naliczania i pobierania opłat za postój pojazdów w strefach płatnego parkowania (parkomatów). Wiadomym jest też, że podmioty te od lat konkurują ze sobą w walce o rynek zbytu dla swoich usług. Prowadzi to do konkurencji, że przewaga w konkurencyjności jednego z tychże nad drugim może zawierać się nawet w informacjach z pozorów nieistotnych. Biorąc pod uwagę specyfikę branży, same zaś wyjaśnienia dla uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, obarczone są sporym ryzykiem ujawnienia informacji istotnych z punktu widzenia konkurencyjności na tym rynku. Inaczej mówiąc, gdyby oczekiwać od przystępującego i wykonawcy jednoznacznych dowodów uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, tak jak chciał tego odwołujący, to w istocie doszłoby do ujawnienia tej tajemnicy już na etapie uzasadnienia, co niweczyłoby przecież cel dla jakiego tajemnica jest zastrzegana. Zamawiający wskazał, że wszystkie te okoliczności oraz przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk brał łącznie, dokonując oceny prawidłowości wykazania przez wykonawców okoliczności uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem zamawiającego wykonawca zgłaszający przystąpienie wyczerpująco wyjaśnił też wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, która wedle zasad logiki i w świetle aktualnego orzecznictwa Izby i sądów powszechnych nie może budzić wątpliwości, zwłaszcza tam gdzie chodzi o katalog kontrahentów i współpracowników. Dodatkowo zamawiający zaznaczył, że nieprawidłowe było stanowisko odwołującego jakoby w każdym wypadku wykonawca zobowiązany był przedstawić obiektywne dowody na uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest to wymagane bowiem tylko w tych okolicznościach, w których przedstawienie dowodu jest możliwe bez jednoczesnego ujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa na etapie uzasadnienia. W ocenie zamawiającego

z takim właśnie przypadkiem mamy do czynienia w niniejszej sprawie gdzie sposób kalkulacji kosztów i szczegółowe wyliczenie i portfel kontrahentów i współpracowników stanowią know-how wykonawców, a udowodnienie tej okoliczności polegać musiałoby na ujawnieniu tajemnicy. Z drugiej strony dane te stanowią cenną wiedzę z punktu widzenia innych wykonawców, a w szczególności odwołującego, który konkuruje z pozostałymi wykonawcami na krajowym rynku. Pozyskanie takich informacji przez konkurencję może narazić wykonawców na szkodę w postaci uzyskania przez konkurentów informacji na temat sposobu ich działania. Ponadto dane te mogą zostać wykorzystane przez konkurenta wykonawców w przyszłości, np. do negocjowania korzystniejszych warunków finansowych współpracy czy nawiązania z danym podmiotem współpracy na wyłączność, co pozbawi wykonawcę możliwości korzystania z usług

dotychczasowego kontrahenta. Współpraca

z odpowiednimi kontrahentami i możliwość negocjowania przez wykonawcę korzystnych warunków finansowych oraz mechanizmów wynagradzania, umożliwia natomiast optymalizację kosztów i niższą cenę oferty, z tego zatem powodu posiada wartość gospodarczą i stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji ma więc wymiar obiektywny. Z uwagi na powyższe informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, stanowią o przewadze konkurencyjnej wykonawców, co uzasadnia zastrzeżenie ich poufności.

W dalszej kolejności zamawiający podniósł, że udostępnienie zestawienia danych zwartych w zastrzeżonych przez wykonawców zestawieniach, oznacza, że konkurenci tylko

i wyłącznie przez fakt uczestnictwa w niniejszym postępowaniu, mogliby otrzymać dostęp do zbioru informacji niedostępnych publicznie, co naraziłoby wykonawców na stratę lub pogorszenie ich pozycji na danym rynku. Zdaniem zamawiającego przystępujący wskazał, że uzyskanie informacji o sposobie kalkulacji i założeniach jakimi kierował się konstruując ofertę przekłada się na wysokość ceny ofertowej. Nie ulega wątpliwości, że poznanie szczegółowych założeń co do opracowanych przez przystępującego szczególnych rozwiązań technicznych, organizacyjnych czyli tzw. know-how wykonawcy przez jego konkurentów może rodzić negatywne skutki dla przystępującego i utratę konkurencyjnej pozycji na rynku. W przypadku ujawnienia takich informacji szkoda po stronie przedsiębiorcy jest oczywista, co zostało zaakcentowane w przedstawionym uzasadnieniu zastrzeżenia.

W ocenie zamawiającego, przystępujący wykazał wartość gospodarczą informacji w sposób wystarczający. Te wnioski są tak samo aktualne w odniesieniu do Wykonawcy MBS Computergraphik Sp. z o.o., albowiem jak już wskazano wyżej nie może budzić wątpliwości wartość gospodarcza nie tylko know-how, ale też portfolio kontrahentów i współpracowników wykonawcy.

W ocenie zamawiającego w tych okolicznościach stwierdzić należy, że zamawiający nie dopuścił się żadnych uchybień i udostępnił wykonawcom tę część wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która zgodnie z prawem mogła być udostępniona. Wobec powyższego zamawiający stwierdził, że nie uchybił żadnym przepisom Pzp czy uznk z tego powodu odwołanie jest bezzasadne i powinno podlegać oddaleniu zaś od odwołującego powinny zostać zasądzone koszty.

W dniu 5 września 2023 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie wniósł pismo procesowe, w którym wniósł oddalenia odwołania.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie w pierwszej kolejności wskazał, że odwołanie powinno zostać oddalone jako wniesione przedwcześnie. Zamawiający udostępnił odwołującemu informacje dotyczące wykonawców tj. wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez przystępującego oraz konsorcjum firm w składzie: Indigo Polska S.A. (partner) z siedzibą w Gdańsku oraz MBS Computergraphik sp. z o.o. (lider) z siedzibą

w Błoniu, dalej „konsorcjum MBS”. Ta czynność zamawiającego była jednak przedwcześnie

i nie może rodzić skutków prawnych. Ponadto zgodnie z art. 74 ust. 2 Pzp załączniki do protokołu postępowania (wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stanowią taki załącznik) udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Powyższy przepis jest jednoznaczny i nie budzi wątpliwości. W postępowaniu trwa wciąż badanie i ocena ofert, dlatego od strony formalno-prawnej nie było możliwym udostępnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny innym wykonawcom. W efekcie, czynność zamawiającego polegająca na udostępnieniu informacji dotyczącej wyjaśnień rażąco niskiej ceny była niezgodna z Pzp. To uchybienie proceduralne nie może jednak skutkować możliwością skutecznego wniesienia odwołania do Izby. Ww. wykonawca wyjaśnił, że odwołujący jest doświadczonym uczestnikiem rynku zamówień publicznych posiadającym profesjonalnych pełnomocników, więc powinien zdawać sobie sprawę, iż czynność sprzeczna z Pzp powinna być traktowana jako nieskuteczna prawnie na gruncie Pzp i nie może kreować prawa do skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej na gruncie Pzp na obecnym etapie postępowania. Pzp daje co prawda możliwość wniesienia odwołania z chwilą dowiedzenia się o czynności zamawiającego, jednakże

w niniejszej sprawie udostępnienie informacji dotyczącej wyjaśnień rażąco niskiej nie skutkuje tym, że odwołujący nie uzyskałby zamówienia. Taki jest bowiem cel wnoszenia środków ochrony prawnej na gruncie Pzp. Zamawiający prowadzi natomiast obecnie wciąż badanie i ocenę ofert, gdzie nie jest przesądzone, który z wykonawców uzyska zamówienia.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie podniósł, że odwołujący wykazując interes we wniesieniu odwołania wskazał na chęć weryfikacji złożonych wyjaśnień, jednocześnie próbując zastępować w tym zakresie zamawiającego, do którego należy ocena złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zdaniem ww. wykonawcy dopiero dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej otwierałoby odwołującemu możliwość skutecznego zakwestionowania niezasadnego jego zdaniem zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego oraz konsorcjum MBS. Na obecnym etapie nie jest zatem możliwe skuteczne zakwestionowanie nieodtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawionych przez wykonawcę. Wykonawca podkreślił, że zacytowane przez odwołującego wyroki nie mogą znaleźć zastosowania w obecnym postępowaniu odwoławczym. W sprawie o sygn. akt: KIO 2446/15 doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej, więc odwołujący się wykonawca miał pełne prawo kwestionować brak przekazania mu dokumentów wybranego wykonawcy. W postępowaniu nie mamy natomiast dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej. Z kolei w sprawie o sygn. akt: KIO 1535/14 osiłą sporu był brak udostępnienia wykonawcy wnoszącemu odwołanie dokumentów złożonych wraz z ofertą. Zgodnie zaś z art. 74 ust. 2 pkt 1) Pzp oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert. Odwołujący żąda zaś przekazania mu załączników do protokołu postępowania, a więc dokumentów udostępnianych po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, uwzględnienie odwołania w takiej sytuacji stałoby w jawnej sprzeczności z Pzp. Rolą Izby jest zaś orzekanie w sprawie działań

i zaniechań zamawiającego na gruncie Pzp, a przede wszystkim stosowanie Pzp

w odpowiedni sposób, a nie contra legem. Nie jest zatem możliwe uwzględnienie odwołania, w którym podstawą odwołania był błąd prawa materialnego, tj. niezgodne z Pzp udostępnienie informacji odnośnie wyjaśnień rażąco niskiej ceny przystępującego oraz konsorcjum MBS. Czynność faktyczna nie jest objęta w takiej sytuacji podstawą do skutecznego zaskarżenia na podstawie Pzp.

Zdaniem zgłaszającego przystąpienie co istotne, zakres kognicji Izby wynika z Pzp. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W postępowaniu z uwagi, iż nie doszło jeszcze do oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny przystępującego i odwołujący nie mógł ponieść jeszcze szkody w postaci braku otrzymania dostępu do wyjaśnień przystępującego czy konsorcjum MBS. Zatem naruszenie, którego miałby się dopuścić zamawiający nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania.

Tym samym ww. wykonawca stwierdził, że wobec przedwczesnego wniesienia odwołania, powinno ono zostać ponadto oddalone z uwagi na brak poniesienia szkody na obecnym etapie postępowania przez odwołującego. Zgodnie z art. 505

ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, 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. Zatem do wniesienia odwołania konieczne jest spełnienie łącznie trzech przesłanek tj. posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, a także ma to być skutek naruszenia Pzp przez zamawiającego. Bez wątplenia odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zatem spełnia jedną z trzech przesłanek niezbędnych do wniesienia odwołania. Druga z nich, którą jest możliwość poniesienia szkody nie została jednak spełniona. Zamawiający wciąż nie dokonał

w postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, a zatem brak udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przystępującego oraz konsorcjum MBS nie powodują możliwości poniesienia szkody przez odwołującego. Nie można również mówić o naruszeniu Pzp przez zamawiającego.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie podniósł, że szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z tym naruszeniem. Adekwatny związek przyczynowy na gruncie prawa cywilnego oznacza normalne następstwo, a więc w postępowaniu brak decyzji zamawiającego o nieodtajnieniu wyjaśnień przystępującego ma rzutować na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie. W postępowaniu z uwagi na trwający wciąż proces badania i oceny ofert nie mamy zatem takiego następstwa. Zupełnie inaczej kształtowałyby się sytuacja, gdyby zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego,

a odwołujący zawnioskowałby o udostępnienie mu wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zaś zamawiający odmówiłby mu takiego dostępu. Wówczas odwołujący bezsprzecznie posiadałby interes we wniesieniu odwołania na zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a jego szkoda nie budziłaby wątpliwości. Reasumując, samo nieudostępnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny w postępowaniu na jego obecnym etapie nie rzutuje na sytuację odwołującego. Zamawiający nie podjął bowiem decyzji czy wyjaśnienia przystępującego uznaje, a w konsekwencji wybiera jego ofertę jako najkorzystniejszą. Dopiero wybór oferty przystępującego pozwoli odwołującemu na wykazanie interesu w kwestionowaniu braku udostępnienia mu wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zdaniem zgłaszającego przystąpienie na błędne rozumienie interesu przez odwołującego wskazuje również próba kwestionowania zaniechania odtajnienia wyjaśnień konsorcjum MBS, którego oferta jest sklasyfikowana obecnie na trzecim miejscu, a więcej niżej od oferty odwołującego. Zatem brak udostępnienia wyjaśnień ww. wykonawcy nie powoduje powstania szkody po stronie odwołującego. Wyłącznie odrzucenie oferty przystępującego oraz odwołującego, a w konsekwencji wybór oferty konsorcjum MBS skutkowałby powstaniem szkody po stronie odwołującego i umożliwił żądanie nakazania przez Izbę udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych również przez konsorcjum MBS.

W dalszej kolejności zgłaszający przystąpienie stwierdził, że niezależnie od powyższej argumentacji, odwołanie powinno podlegać oddaleniu jako niezasadne, ponieważ dochował na należytej staranności i w celu ochrony istotnych dla niego informacji dokonał ich utajnienia w zgodzie z Pzp. Pzp nie określa przy tym formy takiego utajnienia pozostawiając wykonawcom w tym zakresie dowolność. Intencją ustawodawcy nie było tworzenie w tym zakresie kazuistycznej i rozbudowanej regulacji. Stosownie do treści art. 18 ust. 3 Pzp wykonawca wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa musi zastrzec, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dokonał ich zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz w piśmie przewodnim wykazał ich charakter jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto art. 18 ust. 3 Pzp wymaga od wykonawcy wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a więc wykazania spełnienia wszystkich przesłanek na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ww. wykonawca przyznał, że wszystkie te przesłanki wykazał. Racjonalny ustawodawca nie wprowadził tutaj obowiązku udowodnienia (wskazał na to Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt: XXIII Zs 19/23), a jedynie wykazania. Jest to istotna różnica, którą pomija odwołujący.

Odnosząc się do zastrzeżonych przez niego dokumentów zgłaszający przystąpienie wskazał, że dotyczyły one niewrażliwych i kluczowych dokumentów i informacji określających sposób wyceny oferty na potrzeby postępowania oraz zwrócił uwagę również na brak konieczności przedstawienia szczegółowego wyliczenia wartości gospodarczej przedstawianych informacji dotyczących kalkulacji ceny oferty, tak jak oczekiwał tego odwołujący. Zdaniem ww. wykonawcy odwołujący poza gołosłownymi stwierdzeniami

i przywołaniem orzecznictwa nie przedstawił szczegółowego uzasadnienia dotyczącego nieuprawnionego zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny dokonanych przez niego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Projekt Parking Sp. z o.o.

z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Tym samym Izba nie uwzględniła argumentacji przystępującego wskazującej na przedwczesność odwołania oraz brak możliwości poniesienia szkody przez odwołującego na obecnym etapie postępowania.

W odniesieniu do kwestii przedwczesności odwołania skład orzekający stwierdził, że dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zagadnienia konieczne było ustalenie i uwzględnienie wszystkich okoliczności faktycznych z nim związanych. Odwołujący już w odwołaniu wskazał, że zamawiający w dniu 18 sierpnia 2023 r., zakończył etap badania zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanych przez przystępującego i konsorcjum MBS w ramach złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Powyższe twierdzenie Izba uznała za bezsporne, ponieważ nie było ono kwestionowane zarówno przez zamawiającego jaki i przystępującego. Ponadto zamawiający ani przystępujący nie wnosili również twierdzeń przeciwnych polegających np. na wskazaniu, że proces oceny dokonanych zastrzeżeń przez zamawiającego w stosunku do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jeszcze trwa. Przedmiotowe ustalenie miało kluczowe znaczenie dla

rozstrzygnięcia czy odwołanie było przedwczesne lub też nie. Skoro bezspornym było zakończenie w dniu 18 sierpnia 2023 r. badania przez zamawiającego zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanych przez przystępującego i konsorcjum MBS w ramach złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to należało przyjąć, że data ta wyznaczała początek terminu na wniesienie odwołania w zakresie niezasadności takich zastrzeżeń. Tym samym niezależnie od tego czy jako punkt wyjścia wziąć pod uwagę dyspozycję określoną w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp czy też w art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp, to należało uznać, że odwołanie wniesione w dniu 28 sierpnia 2023 r., od czynności zamawiającego polegającej na odmowie odtajnienia całości wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego i konsorcjum MBS, zostało wniesione

w terminie, a przez to nie było przedwczesne. Pogląd przeciwny mógłby doprowadzić do pozbawienia odwołującego możliwości wniesienia odwołania do ww. czynności, ponieważ gdyby odwołujący czekał z wniesieniem odwołania od tej czynności, dopiero do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty, który doprowadziłby do wyboru oferty konkurencyjnego wykonawcy to mogłoby się okazać, że odwołanie w tej części zostałoby odrzucone lub pozostawione bez rozpoznania w związku z upływem terminu na wniesienie odwołania.

Dodatkowo mając na uwadze względy proceduralne słuszną okazała się argumentacja odwołującego, która polegała na stwierdzeniu, że stanowisko przystępującego było sprzeczne z czynnościami i oświadczeniami zamawiającego. Jak słuszenie zwrócił uwagę odwołujący, zamawiający udostępnił mu część jawną wyjaśnień rażąco niskiej ceny przed wyborem najkorzystniejszej oferty, przez co argumentację przystępującego o braku możliwości udostępnienia takich informacji przed wyborem, należało uznać za sprzeczną

z czynnościami i oświadczeniami zamawiającego. Tym samym zgodnie z treścią art. 525 ust. 4 Pzp Izba nie mogła wziąć pod uwagę stanowiska przystępującego.

Jeśli chodzi o argument dotyczący braku szkody odwołującego na obecnym etapie postępowania Izba stwierdziła, że art. 505 ust. 1 Pzp wśród materialnoprawnych przesłanek wniesienia odwołania wymienia zaistnienie lub potencjalne zaistnienie szkody. W związku

z tym dla wniesienia odwołania nie jest konieczne rzeczywiste zaistnienie szkody

u wykonawcy rozumianej jako strata (szkoda majątkowa), czy krzywda (szkoda niemajątkowa) w momencie podjęcia czynności przez zamawiającego. Dla wniesienia odwołania wystarczająca jest sama możliwość poniesienia szkody przez wykonawcę. Ponadto z uwagi na specyfikę postępowań o udzielenie zamówienia w praktyce głównie wskazuje się na szkodę możliwą do poniesienia w przyszłości.

W ocenie składu orzekającego właśnie taka sytuacja tj. możliwość poniesienia szkody

w przyszłości przez odwołującego, miała miejsce w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Szkoda ta związana była z brakiem możliwości uzyskania zamówienia w przyszłości przez odwołującego. Ponadto zasadność powyższej argumentacji potwierdzała konieczność rozpoznania zarzutów przedstawionych w odwołaniu w związku z uznaniem, że odwołanie nie zostało wniesione przedwcześnie.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 4 września 2023 r., w tym w szczególności:

- wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 1 sierpnia 2023 r. wraz z załącznikami złożone przez przystępującego, które zawierały również uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla części niejawniej wyjaśnień;
- wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 10 sierpnia 2023 r. wraz z załącznikami złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MBS Computergraphik Sp. z o.o. oraz Indigo Polska S.A. (zwanym dalej nadal jako: „konsorcjum MBS”), które zawierały również uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla części niejawniej wyjaśnień.

Izba ustaliła co następuje

W toku badania i oceny ofert zamawiający pismem z dnia 25 lipca 2023 r. wezwał trzech wykonawców, tj.:

- a) odwołującego;
- b) przystępującego;
- c) konsorcjum MBS;

do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Przystępujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem

z dnia 1 sierpnia 2023 r. Ponadto przystępujący zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa całość wyjaśnień, mających charakter merytoryczny. Jawne pozostało wyłącznie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo do przedmiotowego uzasadnienia nie zostały załączone dowody.

Konsorcjum MBS złożyło wyjaśnienia w odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 10 sierpnia 2023 r. Ponadto ww. wykonawca zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa całość wyjaśnień, mających charakter merytoryczny. Jawne pozostało wyłącznie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo do przedmiotowego uzasadnienia nie zostały załączone dowody.

Odwołujący pismem z dnia 16 sierpnia 2023 r. zwrócił się do zamawiającego,

o udostępnienie:

- 1) aktualnego protokołu z postępowania;
- 2) wyjaśnień oraz przedłożonych dokumentów przez przystępującego, dotyczących rażąco niskiej ceny;
- 3) wyjaśnień oraz przedłożonych dokumentów przez konsorcjum MBS, dotyczących rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w odpowiedzi z dnia 18 sierpnia 2023 r. przekazał odwołującemu protokół z postępowania aktualny na dzień 18 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował także, że ww. wykonawcy zastrzegli, iż przekazane przez nich wyjaśnienia wraz z dowodami nie mogą być udostępniane, jednocześnie wskazując, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, zamawiający ujawnił tylko tę część wyjaśnień, która nie została zastrzeżona jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 18 ust. 1-3 Pzp – 1. *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*

2. *Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.*

3. *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U.*

z 2022 r. poz. 1233), 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.;

- art. 16 pkt 1 i 2 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przechodząc do *meritum* zarzutów Izba w ramach rozważań ogólnych uznała za zasadne stwierdzić, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, która służy też realizacji pozostałych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 16 Pzp. Trudno bowiem o zagwarantowanie zasady przejrzystości czy uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, które w określonej części nie jest jawne. Zasada ta ma więc charakter fundamentalny, a odstępstwa od niej możliwe są wyłącznie na zasadzie wyjątku, co wynika z art. 18 ust. 2 Pzp, stanowiącego, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. W związku z tym za naganną należy uznać, dostrzeganą w praktyce orzeczniczej Izby tendencję do nadużywania przez wykonawców możliwości zastrzeżenia przedstawianych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co czyni z niej narzędzie służące raczej uniemożliwieniu weryfikacji prawidłowości postępowania przez konkurentów, niż rzeczywistej ochronie interesów wykonawcy (zob. wyrok z dnia 25 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 80/22).

W świetle art. 18 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Zauważyć należy, że w poprzednim stanie prawnym, przed nowelizacją z 29 sierpnia 2014 r., ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy nałożyła na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Rozwiązanie takie zostało utrzymane w obecnie obowiązującym stanie prawnym. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W celu wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji, wykonawcy zobowiązani są, przekazując te informacje zamawiającemu, wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uzkn:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) 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,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą – są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź – z innego powodu – zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania

w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych, a tym bardziej gdy ich utajnienie służy wyłącznie uniemożliwieniu zweryfikowania prawidłowości wyceny kosztów realizacji konkretnych zamówień. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Tym samym należy podkreślić, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny i nie można jej co do zasady subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby – z istoty rzeczy – nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzyka weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości podjętych działań, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem zasadę jawności

postępowania przetargowego – fikcją, co w konsekwencji uniemożliwiłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.

Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. W ocenie składu orzekającego uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedłożone przez przystępującego oraz konsorcjum MBS nie potwierdziły zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto analiza przedstawionych uzasadnień zastrzeżenia prowadziła do wniosku, że nie wykazali oni ani wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ani tego, że pozostają one poufne. Ponadto zdaniem składu orzekającego obowiązek „wykazania” nie może być utożsamiony z deklaracją wykonawcy co do spełnienia koniecznych przesłanek warunkujących zasadne zastrzeżenie informacji.

Izba stwierdziła, że argumentacja zawarta w uzasadnieniach zastrzeżenia złożonych przez przystępującego i konsorcjum MBS była lakoniczna i ogólnikowa. W dużej części argumentacja ta opierała się o generalne twierdzenia, które miały charakter ogólnego wzorca umożliwiającego wielokrotne wykorzystanie bez względu na zastrzegany przedmiot lub rodzaj informacji. Ponadto ww. wykonawcy nie załączyli do uzasadnień żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzić zasadność dokonanych zastrzeżeń.

Przechodząc do kwestii wartości gospodarczej, należało wskazać, że przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnił jedynie, że *Wykonawca zastrzega metodę kalkulacji ofertowej oraz dokumenty na podstawie, których została wykonana kalkulacja jako tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle przepisów art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.*

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem mają one dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą, dotyczy to w szczególności elementów cenotwórczych oraz Dane cenowe wraz z opisem zyskują znaczenie gospodarcze, zważywszy na fakt, że informacje kwotowe zostały w tych wyjaśnieniach opatrzone komentarzem z punktu widzenia sposobu kalkulacji ceny oferty. Są to istotne składniki zaoferowanej ceny, skalkulowanej na potrzeby konkretnego postępowania i konkretnego przedmiotu zamówienia. Sąd Okręgowy

w Katowicach w wyroku o sygn. akt XIX Ga 167/07 uznał, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego w celu sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Mogą być zatem przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu.

Tymczasem konsorcjum MBS w zakresie wartości gospodarczej wskazało, że:

W zakresie uzasadnienia zastrzeżenia wyliczeń istotnych części składowych ceny należy wskazać, iż dokument ten zawiera unikalny know how biznesowy, techniczny i organizacyjny Wykonawcy, który podlega ochronie. W szczególności ochronie podlegają informacje na temat grona podwykonawców i kontrahentów Wykonawcy, warunków handlowych współpracy Wykonawcy z jego podwykonawcami i kontrahentami, poziomu cen nabywanych urządzeń i komponentów, stosowanej marży i innych warunków finansowo – handlowych współpracy. Z tego też względu informacje te mają istotne znaczenie z punktu widzenia uzasadnionych interesów Wykonawcy, a także posiadają zdecydowanie gospodarczy charakter. W świetle zaprezentowanej w niniejszym piśmie argumentacji, informacje te nie mogą być ujawniane podmiotom trzecim. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż ujawnienie zastrzeżonych przez Wykonawcę danych skutkować może zachwianiem konkurencji rynkowej oraz poważnym naruszeniem interesów i dóbr osobistych Wykonawcy.

(...)

Należy stwierdzić, iż udostępnienie tych informacji podmiotom konkurencyjnym w sposób oczywisty godziłoby w interes oraz dobra osobiste samego Wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, iż takie dane, stanowiąc szczególne dobro każdego przedsiębiorstwa nie powinny być udostępniane podmiotom trzecim, w szczególności zaś podmiotom konkurencyjnym. Ponadto na uwagę zasługuje fakt, iż zastrzeganie tego typu danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest stałą praktyką stosowaną przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Informacje te w sposób bezpośredni i pośredni świadczą bowiem o doświadczeniu i wiedzy Wykonawcy, stanowią dorobek wynikający z wieloletniej praktyki rynkowej i bogatego doświadczenia. Ich ujawnienie w sposób nieuchronny prowadzi do zachwiania równowagi konkurencyjnej pomiędzy Wykonawcą, a podmiotami konkurencyjnymi, w sposób jednoznaczny faworyzując te ostatnie. Udostępnienie tych informacji może prowadzić także do osłabienia zaufania pomiędzy Wykonawcą oraz jego współpracownikami, co w dalszej kolejności może prowadzić do ograniczenia lub zerwania prowadzonej między nimi współpracy handlowej.

*Mając na uwadze powyższe należy więc stwierdzić, iż ujawnienie zastrzeżonych przez Wykonawcę danych skutkować może zachwianiem konkurencji rynkowej oraz poważnym naruszeniem interesów i dóbr osobistych tak Wykonawcy, jak i podmiotów trzecich. Z tego względu poczynione przez Wykonawcę zastrzeżenie tych informacji należy uznać za zasadne. Uzasadnienie przystępującego w zakresie wartości gospodarczej było wyjątkowo lakoniczne i w żadnym wypadku nie mogło zasługiwać na akceptację. Istota wyjaśnienia przystępującego sprowadzała się do stwierdzenia, że *Dane cenowe wraz z opisem zyskują znaczenie gospodarcze, zważywszy na fakt, że informacje kwotowe zostały w tych wyjaśnieniach opatrzone komentarzem z punktu widzenia sposobu kalkulacji ceny oferty.* Warto przypomnieć, że przystępujący zastrzegł całość wyjaśnień rażąco niskiej ceny (oprócz samego uzasadnienia zastrzeżenia). Trudno pogodzić powyższą zacytowaną informację*

z zastosowaną praktyką, polegającą na zastrzeganiu całości wyjaśnień. Powszechnie znana jest linia orzecznicza Izby wskazująca, że wykonawcy zastrzegając informację nie powinni utajniać całości wyjaśnień lub dokumentów, ale zobowiązani są do odpowiedniego zastrzegania kluczowych fragmentów. Przystępujący nie mógł się spodziewać, że jednym lakonicznym zdaniem wykaże wartość gospodarczą zastrzeżonych wyjaśnień. Poza tym metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże okoliczność ta musi zostać wykazana przez wykonawcę. W tym przypadku przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tego nie zrobił.

Podobnie Izba oceniła uzasadnienie konsorcjum MBS w zakresie wartości gospodarczej. Co prawda wykonawca ten złożył bardziej obszernie i szczegółowe uzasadnienie, jednakże nie zasługiwało ono na akceptację. Jak słusznie wskazał odwołujący konsorcjum MBS nie wskazało, poza ogólnym przywołaniem możliwości zachwiania konkurencji rynkowej oraz poważnym naruszeniem interesów i dóbr osobistych, w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby rzeczywiście wpłynąć na działalność przedsiębiorstwa, jakie starty mogłoby przynieść, ewentualnie jakie zyski przysporzyłoby konkurentom. Co istotne wykonawca MBS Computergraphik Sp. z o.o. analogiczne wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia rażąco niskiej ceny przedstawił w postępowaniu pn. *Dostawa 120 sztuk parkometrów wraz z serwisem*, prowadzonym przez Gdański Zarząd Dróg i Zieleni. Na skutek odwołania, Izba w wyroku z dnia 4 kwietnia 2023

r., (sygn. akt KIO 783/23), nakazała zamawiającemu dokonanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odstąpienia wyjaśnienia wykonawcy MBS Computergraphik Sp. z o.o. z siedzibą w Błoniach w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Ponadto konsorcjum MBS, podobnie jak przystępujący, zastrzegło całość wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny za wyjątkiem samego uzasadnienia. Skład orzekający nie dopatrył się w uzasadnieniu zastrzeżenia przedstawionym przez ww. wykonawcę argumentów uzasadniających tak daleko idące zastrzeżenie.

Tym samym Izba uznała, że przystępujący oraz konsorcjum MBS nie wykazali wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, co było wystarczające do przesądzenia, że utrzymanie zastrzeżenia całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny u obu wykonawców, dokonane przez zamawiającego, naruszało przepisy wskazane w odwołaniu.

Odnosząc się do kolejnej grupy przesłanek funkcjonujących na gruncie art. 11 ust. 2 uznk, stanowiących o możliwości zakwalifikowania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile dany podmiot podjął działania w celu utrzymania ich w poufności, skład orzekający doszedł do przekonania, że nie zostały one spełnione przez obu wskazanych w odwołaniu wykonawców.

Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia w zakresie tej grupy przesłanek wskazał, że *Złożone wyjaśnienia zawierają szczegółowe kalkulacje stawek jednostkowych oraz wskazują jakimi założeniami kierował się Wykonawca przy kalkulacji poszczególnych stawek jednostkowych, kalkulacje te są z kolei konsekwencją dostępnego dla Spółki kręgu kontrahentów i dostawców, z których częścią zawarte są umowy o zachowaniu poufności. Do treści kalkulacji ofertowych mają dostęp wyznaczeni pracownicy Wykonawcy oraz Zarząd, a pliki samych kalkulacji posiadają ograniczenia dostępu do nich poprzez wprowadzenie haseł dla określonego kręgu osób.*

Konsorcjum MBS w tym zakresie wyjaśniło m. in., że:

W celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych w Postępowaniu jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawca podjął szereg, odpowiednich działań polegających na zapewnieniu odpowiedniej ochrony tym informacjom.

Nie ulega wątpliwości, iż omawiane informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne i handlowe stanowią dla Wykonawcy zasadniczą wartość gospodarczą. Utrzymanie tych informacji w tajemnicy jest zadaniem trudnym, czasochłonnym i kosztownym, co powoduje również, że Wykonawca podejmuje szczególne działania mające na celu ich ochronę.

Z uwagi na wrażliwość i znaczenie przedmiotowych informacji oraz stosowaną praktykę rynkową ich zastrzeżenie staje się standardem stosowanym przez Wykonawcę w procesie przygotowywania ofert, co niewątpliwie potwierdza, iż Wykonawca podejmuje działania mające na celu zachowania poufności takich informacji.

(...)

Dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawca podjął dodatkowo szereg działań o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym. Zaliczyć do nich można m.in. wprowadzone przez Wykonawcę wewnętrzne procedury, reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, postanowienia w umowach z pracownikami oraz kontrahentami, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa.

W tym kontekście podkreślenia wymaga fakt, iż dostęp do informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa miała jedynie ograniczona, kontrolowana przez Wykonawcę grupa osób. Uzyskanie tych informacji możliwe było jedynie po zalogowaniu się do systemu wewnętrznego firmy, co każdorazowo wymaga od pracownika podania indywidualnego loginu oraz hasła dostępu. Dodatkowo system komputerowy Wykonawcy korzysta z zabezpieczeń informatycznych chroniących przed dostępem do informacji osób nieuprawnionych oraz rejestrujących każdy przypadek udostępnienia lub modyfikacji znajdujących się w nim danych. Dokumenty lub elektroniczne nośniki informacji znajdują się w zamkniętych i monitorowanych lub chronionych pomieszczeniach. Nośniki danych znajdują się na komputerach zabezpieczonych przed dostępem osób nieuprawnionych tak z zewnątrz, jak i wewnątrz firm Konsorcjum.

(...)

W ocenie Wykonawcy, w niniejszej sprawie wypełnił on wszelkie wymagania w zakresie skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, w szczególności zaś wypełnił wszelkie wymogi wspomniane

w przywołanym powyżej wyroku KIO.

W konsekwencji poczynione przez niego zastrzeżenie informacji powinno zostać w całości utrzymane przez Zamawiającego w oparciu o treść niniejszych wyjaśnień oraz przedłożonych załączników. Zastrzeżenie to znajduje bowiem pełne oparcie nie tylko

w stanie faktycznym sprawy i sposobie funkcjonowania przedsiębiorstwa Wykonawcy, ale jest także w pełni uzasadnione prawnie.

Izba stwierdziła, że obaj ww. wykonawcy w sposób ogólny odnieśli się do wykazania poufności zastrzeganych informacji wskazując, że ma do nich dostęp jedynie ograniczony krąg osób, oraz że podjęli stosowne środki w celu zachowania informacji w poufności. Nie sposób uznać, aby powyżej zacytowane uzasadnienia czyniły zadość wykazaniu, że podjęli oni, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania zastrzeżonych dokumentów poufności, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Obaj wykonawcy z jednej strony wskazali na rozwiązania, które są powszechnie stosowane

i obecnie można je uznać za standardowe (np. dostęp do informacji wyznaczonych pracownikom, ograniczony dostęp do informacji przez wprowadzenie haseł dla określonego kręgu osób, przechowywanie dokumentów lub elektronicznych nośników informacji

w zamkniętych i monitorowanych lub chronionych pomieszczeniach czy też wykorzystanie technologii zabezpieczających bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa itd.). Z drugiej natomiast strony wykonawcy nie przedstawili żadnych dowodów potwierdzających wymienione w uzasadnieniach działania (takie jak np. zawieranie umów o poufności, wprowadzenie wewnętrznych procedur, reguł obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji czy też zawieranie stosownych postanowień w umowach z pracownikami oraz kontrahentami).

Powyższe względy przesądziły o tym, że obaj wykonawcy nie wykazali, że podjęli wystarczające działania zmierzające do zachowania utajnionych informacji w poufności. Zwrócić przy tym należało uwagę na fakt, że jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej kwestia wykazania nie oznacza jedynie wskazania, opisanie określonych czynności podejmowanych przez wykonawcę w celu zachowania w poufności zastrzeganych informacji, ale konieczność udowodnienia skutecznej ich ochrony. Oczywiście mogą pojawić się sytuacje, w których dla wykazania skuteczności zastrzeżenia wystarczające będzie oświadczenie zastrzegającego, jednakże okoliczność taka ma charakter wyjątkowy,

a zamawiający, ani przystępujący nie uprawdopodobnili, że do takiej wyjątkowej okoliczności doszło w przedmiotowej sytuacji. W ocenie składu orzekającego działania wskazywane przez obu wykonawców w uzasadnieniach, podejmowane

w celu zachowania zastrzeganych informacji w poufności, nie miały charakteru wyjątkowego i mogły być potwierdzone stosownymi dowodami.

Ponadto jak słusznie stwierdził odwołujący uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć charakter wiarygodny i możliwy do sprawdzenia, nie zaś nieweryfikowalny. Skoro wykonawcy deklarowali stosowanie szeregu środków mających na celu zachowanie poufności zastrzeżonych informacji, to nie ulegało wątpliwości, że mogli i powinni je przedstawić w toku postępowania przetargowego. W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślano, że nie jest wystarczającym powołanie się na stosowanie środków ochrony informacji, konieczne jest przedstawienie dowodów potwierdzających ich stosowanie, a niesprostanie ciężarowi dowodu w tym zakresie powinno skutkować ujawnieniem zastrzeżonych informacji. Co ważne, zamawiający nie jest uprawniony do oceny czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie do tego czy wykonawca, który tak twierdzi, powyższe wykazał (np. wyrok o sygn. akt KIO 991/22 z dnia 9 maja 2022 r.).

Izba stwierdziła, że przystępujący oraz konsorcjum MBS nie wykazali także przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa związanych z podjęciem działań

w celu utrzymania informacji w poufności, a zamawiający niezasadnie uznał, że zostało ono dokonane prawidłowo.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał za zasadne, dokonane przez przystępującego i konsorcjum MBS zastrzeżenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego (zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie).

Przewodniczący:.....