

Sygn. akt: KIO 1724/23

WYROK
z 26 czerwca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie 26 czerwca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 czerwca 2023 r. przez odwołującego: API Smart sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie działający w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy, przy udziale wykonawcy City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie odwołującemu wyjaśnień z 5 czerwca 2023 r. wraz z załącznikami, złożonych w postępowaniu przez wykonawcę City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu na rzecz odwołującego API Smart sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) 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 1724/23

Uzasadnienie

Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie działający w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie

w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa Systemu Pobierania Opłat na parkingach strategicznych Parkuj i Jedź (Zakres I) oraz serwis (Zakres II)”, numer: 016/2023/PN, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 31 marca 2023 r.

w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 065-192241.

16 czerwca 2023 r. wykonawca API Smart sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu i zarzucił Zamawiającemu:

1. art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk w zw. z art. 74

ust. 2 Pzp przez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu (dalej: Przystępujący) jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. utajnionej części złożonych przez Przystępującego wyjaśnień ceny z 5 czerwca 2023 r. oraz załączników do tych wyjaśnień, mimo

że Przystępujący nie wykazał wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk warunkujących skuteczność dokonanej zastrzeżenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów objętych przez Przystępującego ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. zastrzeżonych przez Przystępującego informacji w zakresie utajnionej części złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 5 czerwca 2023 r. wraz z dowodami.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu złożonych przez Przystępującego 5 czerwca

2023 r. wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Z treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego wynika, że utajnione informacje dotyczyły m.in.: wysokości stosowanej marży, ryzyk

i wysokości kwot stanowiących zabezpieczenie możliwości wystąpienia ryzyk, zasad kształtowania wynagrodzenia pracowników, rodzaju wyposażenia przedsiębiorstwa, potencjału technicznego, współpracy z partnerami biznesowymi. Wobec powyższego Odwołujący dokonał weryfikacji treści uzasadnienia utajnienia informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach ceny złożonych przez Przystępującego i stwierdził, że w kontekście tego uzasadnienia brak było jakichkolwiek podstaw do pozostawienia ww. informacji w poufności, gdyż Przystępujący nie spełnił wymagań ustawowych, warunkujących uznanie dokonanego zastrzeżenia jako skutecznego.

Zdaniem Odwołującego żaden z argumentów przywołanych w uzasadnieniu utajnienia nie dał podstaw do stwierdzenia, że ziszczyły się przesłanki określone w przepisie art. 11 ust. 2 Uznk, umożliwiające zachowanie tych informacji w poufności.

Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, Zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy - poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne było nie tylko wskazanie, że dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeżonych informacji.

Zastrzeżenie przez Przystępującego całej merytorycznej treści wyjaśnień ceny (udostępniony Odwołującemu został jedynie krótki wstęp) oraz załączonych do nich dokumentów jest bezpodstawne, gdyż wykonawca ten w złożonym wraz z wyjaśnieniami uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, ziszczenia się wszystkich przesłanek,

o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk.

Wyjaśnienia tajemnicy miały charakter ogólny, sztamkowy i mogłyby zostać użyte w niemal każdym postępowaniu.

Przystępujący stwierdził w złożonych wyjaśnieniach, że ujawniały

one m.in. „politykę finansową” wykonawcy, „potencjał techniczny” oraz „strategię budowania oferty”. Należy zauważyć, że tak sformułowane uzasadnienie ma charakter wyłącznie hasłowy. Ujawnienie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w ramach jednego postępowania

o udzielenie zamówienia nie mogło być automatycznie uznane za ujawnienie strategii finansowej czy polityki cenowej stosowanej przez spółkę. Struktura kosztów wynika przede wszystkim z jawnej dokumentacji postępowania, w tym opisu przedmiotu zamówienia oraz wzorów umów. Każdy z wykonawców z góry wie jakiego rodzaju koszty będzie ponosić, a ponadto Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień ceny skierowanym do Przystępującego zadał konkretne pytania oraz przygotował formularze kalkulacji. Przystępujący w żaden sposób nie określił ponadto co rozumiał przez politykę finansową spółki, jak również nie doprecyzował, w jaki sposób ta polityka finansowa/cenowa, potencjał techniczny czy strategia budowania oferty zostały opisane w złożonych wyjaśnieniach. Wykonawca nie wykazał ponadto, w jaki sposób ujawnienie „polityki finansowej”, „potencjału technicznego” czy „strategii budowania oferty”, które miałyby wynikać z wyjaśnień ceny złożonych dla tego konkretnego postępowania może spowodować utratę pozycji rynkowej wykonawcy. Były to tylko gołosłowne stwierdzenia wykonawcy, które nie zostały w żaden sposób skonkretyzowane.

Nie sposób było uznać, że odtajnienie wyjaśnień doprowadzi do szkody w postaci ujawnienia partnerów biznesowych Przystępującego, a tym samym w domyśle naruszenia ich relacji biznesowych. Jak wskazał sam wykonawca partnerzy biznesowi, którzy zostali podani

w wyjaśnieniach ceny współpracują również z innymi podmiotami na rynku, którzy także składają oferty w postępowaniach. Nie jest zatem niczym szczególnym czy wyróżniającym Przystępującego, że również otrzymał od tych podmiotów oferty. Co więcej, Przystępujący wskazał, że jego relacje z partnerami biznesowymi pozwoliły na prowadzenie własnymi siłami przedsięwzięcia i stanowią osiągnięcie własne wykonawcy. Stwierdzenie to nie jest spójne

z treścią oferty Przystępującego, w której wykonawca oświadczył, że będzie korzystać

z pomocy podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia. Każdy z wykonawców występujących na rynku nawiązuje relacje biznesowe, w tym z podmiotami/producentami rozwiązań, co jednak nie oznacza, że każda informacja o tego typu współpracy jest tajemnicą, a tym bardziej, że ujawnienie wyjaśnień złożonych w konkretnym postępowaniu

zburzyłoby relacje handlowe i doprowadziło do utraty przewagi konkurencyjnej wykonawcy. Tym samym, obawy Przystępującego o umożliwieniu próby konkurencji nawiązania analogicznych relacji biznesowych było tylko niepopartym dowodami stwierdzeniem.

Przystępujący nie wykazał ponadto, że zastrzeżone informacje posiadały wartość gospodarczą.

Brak również dowodów było potwierdzających podjęcie działań w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości.

Przystępujący w reakcji wniósł sprzeciw co do uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

W piśmie procesowym złożonym w odpowiedzi na stanowisko Odwołującego Przystępujący wskazał m. in.:

Ustawowy zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa może być postrzegany w randze zasady. Wszak znajduje się w tym samym rozdziale ustawy Pzp

i bezpośrednio obok przepisów stanowiących o jawności. Zachowanie poufności zastrzeżonych informacji stanowi bowiem gwarancję zapewnienia niedyskryminującego dostępu wykonawców do zamówień publicznych.

Przystępujący dokonując zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnił,

że chroni metodologię kalkulacji w oparciu o dane wyjściowe, w tym także elementy kosztotwórcze brane pod uwagę przy wycenie oferty, i to te informacje w połączeniu z danymi wyjściowymi stanowiły wartość gospodarczą.

Przystępujący wskazał, że ujawnienie łącznie tych informacji mogłoby pozwolić Odwołującemu w łatwy sposób dojść do zasad dokonywania wyceny usług (wszystkich) przez Przystępującego oraz zakresu czynników branych pod uwagę przy kalkulacji, pozwalając w sposób nieuprawniony zdobyć przewagę konkurencyjną

na rynku. Z tego względu formularz wyjaśnień oferty, którego wzór został opracowany przez Zamawiającego oraz dołączone kalkulacje także zostały zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Informacje te (zestaw danych wyjściowych, sposób

ich obliczania wraz z elementami branymi pod uwagę jako kosztotwórcze), w tym „szczególnym zestawieniu” (jak stanowi art. 11 ust. 2 Uznk) nie są powszechnie dostępne.

Przystępujący przedstawił powody zastrzeżenia przekazywanych wyjaśnień dotyczących poziomu zaoferowanej ceny wskazując, że:

- 1) są to informacje, które posiadają wartość gospodarczą dla CPG,
- 2) 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) wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji.

Zestawienie kalkulacji cenowej wraz z powyższymi informacjami ujętymi w piśmie

i załącznikach stanowi bogatą wiedzę o firmie i stosowanej przez nią polityce finansowej, organizacyjnej i handlowej, potencjale technicznym, warunkach współpracy z partnerami biznesowymi, których ujawnienie każdej z osoba lub łącznie, może istotnie zaszkodzić prowadzonej przez Przystępującego działalności gospodarczej. Informacje zawarte

w ww. zakresie wskazywały na działania organów Przystępującego o charakterze wewnętrznym, obszar i zasady współpracy oraz warunki zawartych umów z partnerami handlowymi oraz przyjętą przez Przystępującego strategię budowania oferty, wskazując jednocześnie na zakres potencjału posiadanego przez Przystępującego. Pozyskanie przez inne podmioty tak obszernych informacji o Przystępującym, warunkach współpracy

z partnerami biznesowymi, warunkach pracy oraz jego polityce cenowej, dawać mogłoby nieuprawnioną przewagę konkurentom na rynku pozwalając im przewidzieć strategię

i zachowania Przystępującego w prowadzonej działalności, w szczególności strategię

i zachowania w innych przetargach. Ponadto, pozyskanie przez konkurencyjnych przedsiębiorców informacji o partnerach handlowych Przystępującego jak i przyjętych warunkach współpracy, może umożliwić im próbę nawiązania tego rodzaju relacji

na analogicznych warunkach i osłabić aktualną pozycję rynkową Przystępującego. Wypracowanie takich relacji gospodarczych, znalezienie na rynku krajowym czy zagranicznym partnerów biznesowych, pozwalających na prowadzenie własnymi siłami tego rodzaju przedsięwzięć jest własnym osiągnięciem Przystępującego, które decyduje o jego pozycji rynkowej, możliwościach i przewadze nad innymi podmiotami.

Informacje zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa składały się na określoną wartość firmy Przystępującego, obejmującą nie tylko zbiór określonych składników majątkowych (bazy sprzętowej) oraz stabilnego i sprawdzonego zespołu pracowników,

ale także zbioru kontaktów pozwalających na optymalny dobór metod wykonania tego, a także innych przedsięwzięć.

Ujawnienie ww. informacji może spowodować ryzyko poniesienia znacznej straty materialnej po stronie Przystępującego i

z tego względu informacje te miały
szczególną wartość gospodarczą.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu i piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem wyjaśnień z 5 czerwca 2023 r. wraz z załącznikami, złożonych w postępowaniu przez Przystępującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, 5 czerwca 2023 r. złożył wyjaśnienia ceny oferty.

Przystępujący zastrzegł, że sekcje III - V wyjaśnień oraz załączniki

do wyjaśnień, stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący wskazał:

„(...) Wykonawca wskazuje, iż informacje zawarte w piśmie oraz dołączonych do niego załącznikach, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, albowiem spełniają łącznie trzy przesłanki:

- a) są informacjami, które posiadają wartość gospodarczą dla Wykonawcy,
- b) 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,
- c) Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji.

Ad. a) Wykonawca podkreśla, iż dążąc do wypełnienia ciążącego na nim obowiązku wykazania, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę jest ceną realną, uwzględniającą koszty konieczne do należytego wykonania zamówienia (...).

Dodatkowo, w załącznikach do pisma zostały złożone stosowne dowody, które potwierdzają informacje ujęte w złożonych wyjaśnieniach. Tym samym, pismo wraz z załącznikami przedstawia nie tylko szczegółową kalkulację cenową, która obrazuje politykę cenową Wykonawcy, ale także zawiera informacje dotyczące:

- a) wysokości stosowanej przez Wykonawcę marży,
- b) ryzyk i wysokości kwot stanowiących zabezpieczenie na wypadek wystąpienia określonych ryzyk,
- c) pracownikach Wykonawcy, poziomie i zasad kształtowania wynagrodzenia pracowników Wykonawcy,
- d) rodzaju wyposażenia przedsiębiorstwa i jego potencjału technicznego,
- e) przyjętych zasad i warunków współpracy z partnerami biznesowymi Wykonawcy,
- f) informacji o charakterze organizacyjnym dotyczącym współpracy z partnerami biznesowymi Wykonawcy.

Podobnie jak dla innych przedsiębiorców funkcjonujących na rynku, dla Wykonawcy

ww. informacje ujęte w wyjaśnieniach i załącznikach stanowią obiektywną wartość gospodarczą. Zestawienie kalkulacji cenowej wraz z powyższymi informacjami ujętymi

w piśmie i załącznikach stanowi bogatą wiedzę o firmie i stosowanej przez nią polityce finansowej, organizacyjnej i handlowej, potencjale technicznym, warunkach współpracy

z partnerami biznesowymi, których ujawnienie każdej z osoba lub łącznie, może istotnie zaszkodzić prowadzonej przez Wykonawcę działalności gospodarczej (...).

Ponadto, pozyskanie przez konkurencyjnych przedsiębiorców informacji o partnerach handlowych Wykonawcy jak i przyjętych warunkach współpracy, może umożliwić im próbę nawiązania tego rodzaju relacji na analogicznych warunkach i osłabić aktualną pozycję rynkową Wykonawcy. Wypracowanie takich relacji gospodarczych, znalezienie na rynku krajowym czy zagranicznym partnerów biznesowych, pozwalających na prowadzenie własnymi siłami tego rodzaju przedsięwzięć jest własnym osiągnięciem Wykonawcy, które decyduje o jego pozycji rynkowej, możliwościach i przewadze nad innymi podmiotami. Jednocześnie wskazać należy, iż niektórzy kontrahenci przedłożyli konkurencyjne

oferty

w toku niniejszego postępowania także innym Wykonawcom składającym ofertę Zamawiającemu. Odtajnienie przedmiotowych ofert spowoduje zachwianie także rynku dostaw, którzy lepsze cenowo oferty przedłożyli tylko wybranym Wykonawcom. Jak zostało

to już powyżej wyjaśnione, odtajnienie przedmiotowych dokumentów może narazić Wykonawcę oraz jego kontrahentów na niepowetowaną szkodę oraz zaburzyć panujące dotychczas relacje na rynku firm z branży parkingowej.

Informacje te składają się bowiem na określoną wartość firmy Wykonawcy, obejmującą

nie tylko zbiór określonych składników majątkowych (bazy sprzętowej) oraz stabilnego

i sprawdzonego zespołu pracowników, ale także zbioru kontaktów pozwalających

na optymalny dobór metod wykonania tego, a także innych przedsięwzięć – relacji, które wymagały wiedzy i lat poszukiwania różnych kontaktów na świecie, by nawiązać określoną współpracę z godnymi zaufania partnerami w prowadzonej działalności (...).

Ad. b) Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są dla nich łatwo dostępne.

Dostęp do pisma wraz z załącznikami ma wyłącznie ściśle ograniczony krąg osób – niektórzy pracownicy Wykonawcy i Zamawiający. Żaden inny podmiot ani osoba nie zna szczegółów kalkulacji ceny złożonej oferty. Innym osobom nie jest znany zestaw szczególnych okoliczności, które decydują o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy wobec innych wykonawców i które także sprawiają, iż Wykonawca mógł złożyć ofertę ze wskazanymi w nich stawkami cenowymi.

Ww. informacje nie są także łatwo dostępne. Dostęp do pisma mają wyłącznie Członkowie Zarządu oraz wskazani imiennie właściwi pracownicy Spółki, którzy zgodnie z zakresem obowiązków na zajmowanym stanowisku lub w ramach pełnionej funkcji, przygotowywali warunki oferty oraz przedmiotowe pismo wyjaśniające.

Ograniczony krąg osób, który ma dostęp do pisma wraz z podjętymi przez Wykonawcę działaniami mającymi na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji (o których mowa dalej), sprawiają, iż zastrzeżone informacje nie mogą zatem dostać się do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez specjalnych działań z ich strony.

Ad. c) Wykonawca, podjął szereg działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji:

i. Dokument został specjalnie oznaczony odpowiednią klauzulą Tajemnica przedsiębiorstwa.

ii. Pracownicy zobowiązani są do zachowania poufności informacji dotyczących Wykonawcy. Każdy pracownik Spółki przed dopuszczeniem do pracy wymagającej dostępu do informacji prawnie chronionych wypełnia Oświadczenie o zachowaniu poufności.

iii. Przekazywanie dokumentów zawierających tajemnice przedsiębiorstwa podmiotom zewnętrznym, może nastąpić tylko za zgodą nadzorującego komórkę organizacyjną Członka Zarządu i odbywa się protokołarnie, dopiero po odebraniu Oświadczenia

o zachowaniu poufności. Dokumenty mogą być przekazywane do podmiotów zewnętrznych, wyłącznie do konkretnych osób – odbiorców korespondencji z adnotacją na kopercie „do rąk własnych”.

iv. Biurka i szafy, w których przechowywane są zastrzeżone informacje muszą być zamykane na klucz lub w inny skuteczny sposób zabezpieczone przed dostępem do nich osób niepowołanych.

v. Dokumenty zawierające zastrzeżone informacje należy przechowywać w warunkach uniemożliwiających dostęp osobom nieuprawnionym: w szafach metalowych

lub w sejfach. vi) Pracownicy użytkujący pomieszczenia, w których przetwarzane są zastrzeżone informacje są zobowiązani do nadzorowania sprzątnięcia pomieszczenia wykonywanego przez osoby do tego upoważnione.

vi. Dokumenty zawierające zastrzeżone informacje wytworzone w postaci elektronicznej powinny być przechowywane w odrębnych, zabezpieczonych kryptograficznie katalogach. W celu zachowania poufności informacji, Wykonawca ustanowił szczególne zasady bezpieczeństwa informacji przetwarzanej w systemach teleinformatycznych, które m.in. zapobiegają nieuprawnionemu ujawnieniu informacji dotyczących spraw spółki osobom trzecim.

vii. Kopiowanie, wypisy lub odpisy z dokumentu można wykonywać za zgodą kierującego komórką organizacyjną wytwórcy.

viii. Niszczenie dokumentów zawierających zastrzeżone informacje musi być wykonane w sposób uniemożliwiający ich odczytanie.

O tym, iż szczegółowy formularz wyjaśnień oferty Wykonawcy może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wskazuje także orzecznictwo zarówno sądów powszechnych jak i Krajowej Izby Odwoławczej (...)

Jednocześnie, chcielibyśmy zwrócić uwagę, iż równie ważną jak zasada jawności postępowania, jest wyrażona w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. Dyrektywy 2014/24/UE zasada poufności, wyrażająca się obowiązkiem zachowania przez Zamawiającego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy (...).

W ocenie Wykonawcy, w niniejszej sprawie wypełnił on wszelkie wymagania w zakresie skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa. 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”.

6 czerwca 2023 r. Zamawiający ocenił ww. zastrzeżenie tajemnicy jako prawidłowe, czego wyrazem było następujące pismo skierowane do Odwołującego:

„Zamawiający, Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, w odpowiedzi na Państwa wniosek z dnia 06.06.2023 r. o udostępnienie załączników złożonych przez Wykonawcę City Parking Group S.A. informuje, że Wykonawca City Parking Group S.A. w dniu 05.06.2023 r. złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z zastrzeżeniem, że przekazane wyjaśnienia wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp podjął decyzję o nie ujawnianiu w/w wyjaśnień wraz z załącznikami”.

W ocenie Izby powyższa decyzja Zamawiającego nie była prawidłowa – Przystępujący zastrzegając określoną część wyjaśnień ceny oferty wraz z załącznikami nie wypełnił wymogów określonych w art. 18 ust. 3 Pzp, zd. pierwsze, zgodnie z którym 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.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Jest to jedna z podstawowych zasad zamówień publicznych, a możliwość utrzymania określonych informacji w tajemnicy stanowi od tej wyjątek zasady.

Przystępujący w prawidłowy sposób w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy wskazał przesłanki ustawowe pozwalające na odstępstwo od zasady jawności. Przystępujący nie próbował jednak uzasadnić i wykazać racjonalności utajnienia konkretnych informacji, a podjął próbę utrzymania w tajemnicy zasadniczej części wyjaśnień ceny swojej oferty.

Uzasadnienie zastrzeżenia miało w ocenie Izby charakter ogólnikowy, nie dawało jednoznacznej informacji dotyczącej przyczyn jakie miały być podstawą utajnienia konkretnych informacji. Przystępujący zawarł wprawdzie uzasadnienie dotyczące potrzeby objęcia tajemnicą całego zbioru informacji zawartych w utajnionej części wyjaśnień, ale ta część uzasadnienia nie czyniła zadość obowiązkowi wykazania zasadności tego zastrzeżenia – przedstawiona argumentacja była lakoniczna.

Część z zastrzeżonych informacji być może kwalifikowałaby się do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, ale nie jest rolą Zamawiającego dokonywanie oceny

i selekcji utajnionych informacji pod kątem spełniania przez nie przesłanek określonych

w przepisach Uznk. To po stronie wykonawcy leży obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia, z uwzględnieniem konieczności możliwie wąskiego zakresu tego zastrzeżenia.

Przystępujący nie wykazał prawdziwości twierdzenia o podjęciu działań zmierzających

do utrzymania zastrzeżonych informacji w tajemnicy. Przystępujący ograniczył się w tym zakresie jedynie do pustych deklaracji, poza dowodami stanowiącymi załączniki nr 1 do 3

do wyjaśnień z 5 czerwca 2023 r. Załączniki te również zostały objęte tajemnicą, co nie pozwoliło pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu na samodzielną weryfikację zasadności zastrzeżenia. Ponadto dowody te nie były w ocenie Izby wystarczające do stwierdzenia, że oświadczenia rzeczywiście dotyczyły zastrzeżonych informacji. Przystępujący w żaden sposób nie wyjaśnił związku między oświadczeniami z 2022 r.

a zakresem utajnionej części wyjaśnień.

Przystępujący nie wykazał również, że zastrzeżone informacje spełniają wymogi pozwalające na ich utrzymanie w tajemnicy jako zbiór. Samo dążenie do utrzymania w tajemnicy określonego zbioru informacji nie może stanowić samoistnego uzasadnienia zastrzeżenia tego zbioru.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: