

Sygn. akt: KIO 1694/23

WYROK
z dnia 29 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci sp. p. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A z siedzibą w Bytomiu** przy udziale wykonawcy „**JZP Kancelaria Adwokacka**” J.-Z., Z.-P., Z. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w **Katowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 3 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny wykonawcy „**JZP Kancelaria Adwokacka**” J.-Z., Z.-P., Z. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w **Katowicach z dnia 2 kwietnia 2023 r. i z dnia 1 marca 2023 r. wraz z załącznikami,**
2. kosztami postępowania obciąża **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A z siedzibą w Bytomiu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci sp. p. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A z siedzibą w Bytomiu** na rzecz wykonawcy **Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci sp. p. z siedzibą w Warszawie** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 1694/23

Uzasadnienie

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie obsługi prawnej Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 stycznia 2023 r., nr 2023/S 013-033886.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 12 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca **Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci sp. p. z siedzibą w Warszawie**, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), zwanej dalej „ustawą ZNK” w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 i art. 16 ustawy Pzp polegające na:

- 1) uznaniu, że wyjaśnienia ceny oferty wraz z załącznikami złożone przez Wykonawcę JZP Kancelaria Adwokacka J. Z. Z. P. Z. i Partnerzy Spółka Partnerska zwanego dalej „Wykonawcą JZP” lub „przystępującym”, odpowiednio w dniach 1 marca 2023 r. i 2 kwietnia 2023 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy JZP w sytuacji w której Wykonawca JZP w rzeczywistości nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności nie wykazał, że informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo, że nie są łatwo dostępne dla takich osób i nie wykazał, aby podjął jakiegokolwiek działania w celu utrzymania ich w poufności, co stanowiło nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego skuteczności oświadczenia Wykonawcy JZP o zastrzeżeniu jego wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, skutkującą w konsekwencji zaniechaniem udostępnienia mu tych wyjaśnień wraz z załącznikami;
- 2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy JZP z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców wobec uniemożliwienia mu – na skutek uchybień, o których mowa w pkt 1 – weryfikacji prawidłowości przeprowadzenia przez Zamawiającego badania, czy oferta Wykonawcy JZP nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) powtórzenia badania i oceny ofert, w tym uznania za bezskuteczne w całości zastrzeżenia przez Wykonawcę JZP jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny oferty wraz z załącznikami (tj. informacji zawartych odpowiednio w pismach z dnia 2 kwietnia 2023 r. i 1 marca 2023 wraz z załącznikami),
- c) udostępnienia mu w całości tych wyjaśnień wraz z załącznikami.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że 10 maja 2023 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy JZP oraz o odrzuceniu ofert pozostałych (za wyjątkiem Odwołującego) wykonawców. Odwołujący wskazał, że tego samego dnia, w wiadomości mailowej, zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie ofert wykonawców i korespondencji prowadzonej z wykonawcami na etapie badania i oceny ofert, w szczególności wszystkich wyjaśnień cen ofert. Do dnia 18 maja 2023 r. Zamawiający nie udostępnił wspomnianych dokumentów. Odwołujący wskazał, że w dniu 18 maja 2023 r. wysłał do Zamawiającego kolejną wiadomość email. W odpowiedzi na to, Zamawiający w pierwszej wiadomości przesłał Wykonawcy pierwszą grupę plików (godz. 11:16), a o 11:18 drugą grupę plików. Wspomniane wiadomości zawierały tylko część korespondencji wymienionej w toku postępowania z innymi wykonawcami. Wraz z przesłaniem wspomnianych dokumentów, Zamawiający przesłał pismo przewodnie w którym wskazał, że nie wyraża zgody na udostępnienie wyjaśnień cen ofert złożonych przez Wykonawcę JZP ponieważ zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie przekazał jednak mu oświadczeń wspomnianych wykonawców o zastrzeżeniu ich wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa ani żadnego uzasadnienia uznania tego zastrzeżenia za skuteczne.

Wobec powyższego, Odwołujący wskazał, że w dniu 22 maja 2023 r. wniósł odwołanie, w wyniku którego przed Izbą toczyło się postępowanie pod sygn. akt. KIO 1439/23. Odwołujący wskazał, że zarzucił Zamawiającemu zaniechanie udostępnienia mu uzasadnienia zastrzeżenia przez Wykonawcę JZP złożonych przez niego wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym dokumentu, na którym oparł się Zamawiający uznając, że wspomniane wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy JZP. Odwołujący wskazał, że Zamawiający uwzględnił to odwołanie i w dniu 2 czerwca 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Tego samego dnia, Zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty Wykonawcy JZP jako najkorzystniejszej oraz udostępnił mu oświadczenia Wykonawcy JZP o zastrzeżeniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień ceny oferty tego Wykonawcy. Oświadczenia te datowane są odpowiednio na 1 marca 2023 r. i 2 kwietnia 2023 r.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy ZNK jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji:

- 1) zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz
- 2) wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z kolei z przepisem art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, dla uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest stwierdzenie spełnienia następujących przesłanek:

- 1) odpowiedni charakter informacji (ochrona obejmuje informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, bądź inne) które muszą posiadać wartość gospodarczą;
- 2) brak powszechnej znajomości informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wśród osób zajmujących się tego rodzaju informacjami;
- 3) podjęcie przez uprawnionego do dysponowania informacjami przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności.

Odwołujący argumentował, że posiadanie przez dane informacje statusu tajemnicy przedsiębiorstwa musi zostać udowodnione tj. wykazane za pomocą odpowiednich środków dowodowych, a nie tylko deklaracji Wykonawcy zawsze kiedy jest to możliwym. Odwołujący wskazywał, że wszystkie przesłanki wyrażone w przytoczonych przepisach, muszą zostać spełnione łącznie. Negatywne ryzyko niezadośćczynienia ustawowym regulacjom w zakresie możliwości ochrony danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa obciążają zawsze wykonawcę, zwłaszcza w świetle podstawowej zasady uregulowanej w ustawie Pzp jaką jest zasada jawności postępowania. Wszelkie wyjątki od tej zasady, powinny być bowiem traktowane maksymalnie ściśle. Zdaniem odwołującego, co za tym idzie, nawet gdy dana, zastrzeżona informacja mogłaby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, to brak wykazania tej okoliczności w sposób, o którym mowa wyżej, przekreśla możliwość utajnienia takiej informacji.

Odwołujący podniósł, że w złożonych – z zasadzie bliźniaczych – oświadczeniach o zastrzeżeniu treści wyjaśnień

ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 1 marca 2023 r. i 2 kwietnia 2023 r. Wykonawca JZP nie wykazał, aby zastrzegane przez niego informacje wpisywały się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK.

Zdaniem odwołującego po pierwsze, treść przedmiotowych wyjaśnień stanowi w przeważającej mierze parafrazę przepisów art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy ZNK oraz sprowadzona jest do takiego poziomu ogólności, że w zasadzie mogłaby być przedłożona przy zastrzeżeniu każdego rodzaju informacji i w każdym postępowaniu, nawet niezwiązanym ze świadczeniem pomocy prawnej.

Odwołując się do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa uregulowanej w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, odwołujący podniósł, że Wykonawca JZP nie wykazał w szczególności ziszczenia się drugiej i trzeciej przesłanki zawartej w tym przepisie, tj.:

- 1) faktu, że zastrzegane informacje nie są powszechnie znane wśród osób zajmujących się tego rodzaju informacjami lub, że nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- 2) podjęcia działań w celu utrzymania ich w poufności.

Zdaniem odwołującego, jeśli mowa o braku powszechnej znajomości tych informacji lub braku łatwego dla nich dostępu, Wykonawca JZP w zasadzie złożył w tym zakresie jedynie deklarację własną i to w treści samych wyjaśnień. W szczególności nie wykazał, że w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, również zastrzega informacje – o tej samej przecież – strukturze czy polityce płacowej lub sposobie kształtowania ceny w ramach zamówień polegających na świadczeniu pracy przez skierowany personel, albo aby zobowiązał kogokolwiek ze swojej organizacji do zachowaniu przedmiotowych informacji w tajemnicy.

Odwołujący argumentował, że przede wszystkim jednak, Wykonawca JZP nie podjął nawet próby wykazania powzięcia jakichkolwiek działań mających na celu utrzymanie zastrzeganych informacji w poufności, co stanowi równorzędną z innymi i kumulatywną przesłankę z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. W szczególności, Wykonawca JZP nie wskazał, gdzie przechowuje przedmiotowe informacje oraz jakie zabezpieczenia przed dostępem do nich w związku z tym stosuje. Innymi słowy, nie przedłożył żadnego materiału dowodowego wskazującego, że utajniane przez niego w Postępowaniu dane, są fizycznie lub cyfrowo chronione, czy nie opisał nawet hasłowo obiegu tych informacji. Co więcej, mimo takiej obiektywnej przecież możliwości, Wykonawca JZP nie przedłożył żadnej umowy czy wzoru umowy lub innego dokumentu, za pomocą którego – w sposób formalnoprawny – zabezpiecza przedmiotowe informacje przed ujawnieniem.

Odwołujący zaznaczał, że wszelkie uchybienia dowodowe w powyższym zakresie, nie mogą być konwalidowane, a wszelkie próby uzupełnienia przedłożonego w toku Postępowania uzasadnienia na etapie postępowania odwoławczego, uznane za nieskuteczne i niemogące odnieść żadnego pozytywnego dla Wykonawcy JZP skutku.

W świetle powyższego, zdaniem odwołującego trudno odeprzeć wrażenie, że utajnienie przez Wykonawcę JZP informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny jego oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter pozorny i służy wyłącznie do utrudnienia weryfikacji przez konkurencyjnych wykonawców prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny tych wyjaśnień. Jest to o tyle znamienne, że już pierwotna oferta tego Wykonawcy była blisko 800 tys brutto tańsza niż kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący wskazał, że w wyniku aukcji elektronicznej cena oferty Wykonawcy JZP uległa dalszemu obniżeniu o 450 tys złotych brutto (budżet Zamawiającego wynosił więc ok. 2.800.000,00 zł, a finalna cena oferty tego Kancelarii JZP 1.550.000,00 zł). Powyższą ocenę potwierdza fakt – również nieprawidłowego – utajnienia przez Wykonawcę całości wyjaśnień ceny oferty, a nie poszczególnych informacji tam zawartych. Zdaniem odwołującego trudno przyjąć za racjonalne stanowisko, aby cała treść przedmiotowych wyjaśnień tj. absolutnie wszystkie podane tam informacje, posiadały wartość gospodarczą.

Ponad powyższe, referując z kolei do pierwszej przesłanki uregulowanej w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, Wykonawca JZP w żaden sposób nie wyjaśnił na czym polegać ma gospodarczy charakter utajnianych informacji, w szczególności z jakich względów, jego zawarta w przedmiotowych wyjaśnieniach kalkulacja ma charakter unikalnej czy wyjątkowej, zwłaszcza w kontekście wymagania Zamawiającego opiewającego na skierowanie do realizacji zamówienia określonej w ofercie grupy osób. Sam bowiem fakt, że utajniane informacje zawarte są w wyjaśnieniach ceny oferty, nie przesądza sam przez się, że mają one wartość gospodarczą. Odwołujący nie skomentował też w żaden sposób, w jaki sposób, ryzyko zapoznania się przez konkurencję z konstrukcją jego ceny oferty, przełożyć mogłaby się na jego interes gospodarczy.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, pomimo opisanych wyżej uchybień po stronie Wykonawcy JZP w zakresie wykazania zasadności utajnienia jego wyjaśnień, które powinny skutkować ich negatywną oceną i ujawnieniem przedmiotowych dokumentów, zaaprobował te wyjaśnienia. W kontekście wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy JZP, uchybienie to jawi się jako naruszenie elementarnych zasad ustawy Pzp, w tym równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że na skutek bowiem tego uchybienia, pozbawiony on został możliwości weryfikacji prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Wykonawcy

JZP pod kątem ceny rażąco niskiej, co stanowi przecież przesłankę odrzucenia oferty.

Zdaniem odwołującego, podzielenie przez Izbę wyrażonej w odwołaniu negatywnej oceny skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień Wykonawcy JZP jako tajemnicy przedsiębiorstwa, skutkować powinno również nakazaniem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Tylko bowiem w ten sposób, zyska on szansę na zapoznanie się z treścią utajnionych obecnie wyjaśnień oraz dokonanie oceny zasadności wniesienia środka ochrony prawnej w przedmiocie zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy JZP.

Zdaniem odwołującego dla powodzenia w dążeniu do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie jest koniecznym na obecnym etapie – niejako „w ciemno” – stawianie ofercie Wykonawcy JZP zarzutów związanych z ceną rażąco niską lub z brakiem złożenia wyjaśnień w tym zakresie we wszystkich aspektach wymaganych przez Zamawiającego w treści wezwań. Prawem każdego z wykonawców, jest podjęcie decyzji o skierowaniu w związku z takimi uchybieniami środka ochrony prawnej, przy pełnej znajomości dokumentów mogących stanowić podstawę formułowanych w tym zakresie zarzutów. Te dokumenty są bowiem z zasady jawnymi, a tylko w wyjątkowych przypadkach i w szczególnym rygorze ustawowym, wspomniana jawność może zostać ograniczona. Niezgodne z prawem zaaprobowanie przez gospodarza postępowania nadużycia wspomnianej możliwości, poczytywać trzeba jako samodzielną podstawę do stwierdzenia nieprawidłowości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca „JZP Kancelaria Adwokacka” J.-Z., Z.-P., Z. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Katowicach. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, wezwania zamawiającego kierowane do przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny, wyjaśnienia przystępującego co do ceny, uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wnioski odwołującego o udostępnienie załączników do protokołu, odpowiedzi zamawiającego na ww. wnioski, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

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

Stosownie do art. 18 ustawy 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 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.*

Art. 239 ustawy Pzp stanowi, że:

1. *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*
2. *Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.*

Ustalono, że w myśl pkt 4.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie obsługi prawnej Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A., w tym m.in.:

Część III – Świadczenie obsługi prawnej Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w obszarze udzielania zamówień prowadzonych w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz udzielania zamówień nieobjętych obowiązkiem stosowania ustawy

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego swą ofertę w zakresie części 3 zamówienia złożyli m.in.:

a) przystępujący,

b)odwołujący.

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 23 lutego 2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w Części 3. (por. ww. wezwanie na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono kolejno, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył zamawiającemu wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 1 marca 2023 r. Przystępujący zastrzegł, że informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący wskazał, co następuje:

Przedłożone przez Wykonawcę zastrzeżone informacje dotyczące rozwiązań organizacyjnych, świadczonych usług, personelu i mają dla Wykonawcy wartość organizacyjną, handlową i gospodarczą, gdyż określają w sposób szczegółowy sposób organizacji i funkcjonowania Wykonawcy o wymiernej wartości umożliwiający uzyskanie i realizację wielu zamówień publicznych. Biorąc po uwagę powyższe nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż wszelkie dane dotyczące kalkulacji ceny mają znaczenie handlowe i gospodarcze oraz stanowią bezspornie istotną wartość gospodarczą.

(4) Odnośnie do warunku dotyczącego informacji nieujawnionych do wiadomości publicznej pragniemy zaznaczyć, że informacje objęte zastrzeżeniem nie zostały jako całość ujawnione do wiadomości publicznej i są znane jedynie Partnerom Wykonawcy oraz w ograniczonym zakresie ograniczonej grupie pracowników działu ofertowania biorącej udział w przygotowywaniu dokumentacji przetargowej. Inni wykonawcy, nie mogą wejść w posiadanie tych informacji „zwykłą” i dozwoloną drogą.

(5) W szczególności informacje dotyczące ponoszonych kosztów Wykonawcy, jak również uzyskiwanego dochodu, znane są wyłącznie Partnerom Wykonawcy i nie są udostępniane jakimkolwiek osobom trzecim.

(6) Powyższe wyjaśnienia wskazują w sposób niebudzący wątpliwości, że wszelkie informacje zawarte w cz. 2 wyjaśnień Wykonawcy złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Spełniają one wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, zawierają informacje finansowe i organizacyjne i posiadają istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy który podjął wszelkie niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

(7) Ujawnienie zawartych w wyjaśnieniach - danych i informacji - innym wykonawcom, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, a zatem działających na tym samym rynku co Wykonawca, niesie poważne ryzyko przejęcia przez nich wiedzy i potencjału, którym dysponuje Wykonawca - w tym także - w przypadku kalkulacji ceny - wiedzy w zakresie sposobu konstruowania ceny oferty.

(8) Ponadto wobec faktu, iż zgodnie z pkt 23 SWZ, Zamawiający przewiduje przeprowadzenie aukcji elektronicznej w oparciu o art. 134 ust. 2 pkt 12 ustawy Pzp, ujawnienie innym Wykonawcom biorącym udział w niniejszym postępowaniu przedmiotowych wyjaśnień, zawierających kalkulację ceny, skutkowałoby złamaniem zasady uczciwej konkurencji, stawiałoby innych wykonawców w sytuacji uprzywilejowanej i de facto uniemożliwiłoby wzięcie udziału w licytacji elektronicznej na równych zasadach i pozyskanie zamówienia.

(9) Tym samym ujawnienie dokumentów wskazanych na wstępie zagraża interesom gospodarczym Wykonawcy (...)

(10) Zastrzeżone dokumenty, w szczególności kalkulacja ceny, obejmują bowiem doniosłe z gospodarczego punktu widzenia dane odnoszące się do zastosowanych indywidualnych rozwiązań technicznych, organizacyjnych, które pozwoliły Wykonawcy na zaoferowanie konkurencyjnej ceny za realizację zamówienia.

(11) Informacje te pozwalają Wykonawcy na uzyskanie przewagi na rynku oraz pozwoliły na skonstruowanie oferty Wykonawcy jako oferty konkurencyjnej, a tym samym mają bezpośredni wpływ na zdolność do składania najkorzystniejszych ofert w postępowaniach przetargowych (publicznych i prywatnych). Ich ujawnienie doprowadziłoby do utraty przewagi konkurencyjnej i tym samym istotnie zagrażałoby pozycji rynkowej Wykonawcy, w tym możliwości zdobywania kolejnych zamówień.

(12) Dane dotyczące sposobu budowania ceny oferty oraz metod jej kalkulacji, stanowią informacje organizacyjne przedsiębiorstwa mające niezwykle istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Informacje dotyczące kalkulacji ceny, w przypadku nieuprawnionego ich ujawnienia - stanowiłyby cenne źródło informacji dla konkurencji.

(13) Niewątpliwie informacja dotycząca sposobu kalkulacji ceny, w tym prowadzonej przez Wykonawcę polityki cenowej, jest informacją mającą wartość gospodarczą. Przedmiotowe informacje nie były nigdy podane do publicznej wiadomości, a wręcz przeciwnie są pilnie strzeżone i przekazywane jako informacje opatrzone klauzulą poufności. Ponadto umowy zawierane z poszczególnymi specjalistami zastrzegają dochowanie tajemnicy w zakresie wynagrodzenia.

(14) Pragniemy także wskazać, iż Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał ochronę tajemnicy handlowej za ogólną zasadę (wyrok z dnia 24 czerwca 1986 r. w sprawie 53/85). Nieujawnienie zatem informacji, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, która została przez wykonawcę zastrzeżona w ofercie, nie narusza zasady uczciwej konkurencji i

równego traktowania.

(15) Ponadto wskazujemy, że informacje, co do których zastrzeżono tajemnicę przedsiębiorstwa nie zostały dotychczas ujawnione do publicznej wiadomości.

(por. uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień ceny przystępującego z dnia 1 marca 2023 r. na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 28 marca 2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do udzielenie dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w Części 3.

(por. ww. wezwanie na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono kolejno, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył zamawiającemu wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 2 kwietnia 2023 r. Przystępujący zastrzegł, że informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący wskazał, co następuje:

(3) Przedłożone przez Wykonawcę zastrzeżone informacje dotyczące rozwiązań organizacyjnych, świadczonych usług, personelu i mają dla Wykonawcy wartość organizacyjną, handlową i gospodarczą, gdyż określają w sposób szczegółowy sposób organizacji i funkcjonowania Wykonawcy o wymiernej wartości umożliwiający uzyskanie i realizację wielu zamówień publicznych. Biorąc po uwagę powyższe nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż wszelkie dane dotyczące kalkulacji ceny mają znaczenie handlowe i gospodarcze oraz stanowią bezspornie istotną wartość gospodarczą.

(4) Odnośnie do warunku dotyczącego informacji nieujawnionych do wiadomości publicznej pragniemy zaznaczyć, że informacje objęte zastrzeżeniem nie zostały jako całość ujawnione do wiadomości publicznej i są znane jedynie Partnerom Wykonawcy oraz w ograniczonym zakresie ograniczonej grupie pracowników działu ofertowania biorącej udział w przygotowywaniu dokumentacji przetargowej. Inni wykonawcy, nie mogą wejść w posiadanie tych informacji „zwykłą” i dozwoloną drogą.

(5) W szczególności informacje dotyczące ponoszonych kosztów Wykonawcy, jak również uzyskiwanego dochodu, znane są wyłącznie Partnerom Wykonawcy i nie są udostępniane jakimkolwiek osobom trzecim.

(6) Powyższe wyjaśnienia wskazują w sposób niebudzący wątpliwości, że wszelkie informacje zawarte w cz. 2 wyjaśnień Wykonawcy złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Spełniają one wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, zawierają informacje finansowe i organizacyjne i posiadają istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy który podjął wszelkie niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

(7) Ujawnienie zawartych w wyjaśnieniach - danych i informacji - innym wykonawcom, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, a zatem działających na tym samym rynku co Wykonawca, niesie poważne ryzyko przejęcia przez nich wiedzy i potencjału, którym dysponuje Wykonawca - w tym także - w przypadku kalkulacji ceny - wiedzy w zakresie sposobu konstruowania ceny oferty.

(8) Tym samym ujawnienie dokumentów wskazanych na wstępie zagraża interesom gospodarczym Wykonawcy.

Jak słusznie zaznaczyła KIO - kwestia utajnienia informacji przedsiębiorstwa to nie kwestia rodzaju informacji, tylko jej znaczenie dla przedsiębiorstwa, to jest umożliwienie realizacji celów tego przedsiębiorstwa (wyrok KIO z 29 lipca 2013 r., KIO1713/13) - a do takich niewątpliwie celów zaliczyć należy składanie konkurencyjnych ofert i pozyskiwanie projektów do realizacji.

(9) Zastrzeżone dokumenty, w szczególności kalkulacja ceny, obejmują bowiem doniosłe z gospodarczego punktu widzenia dane odnoszące się do zastosowanych indywidualnych rozwiązań technicznych, organizacyjnych, które pozwoliły Wykonawcy na zaoferowanie konkurencyjnej ceny za realizację zamówienia.

(10) Informacje te pozwalają Wykonawcy na uzyskanie przewagi na rynku oraz pozwoliły na skonstruowanie oferty Wykonawcy jako oferty konkurencyjnej, a tym samym mają bezpośredni wpływ na zdolność do składania najkorzystniejszych ofert w postępowaniach przetargowych (publicznych i prywatnych). Ich ujawnienie doprowadziłoby do utraty przewagi konkurencyjnej i tym samym istotnie zagrażałoby pozycji rynkowej Wykonawcy, w tym możliwości zdobywania kolejnych zamówień.

(11) Dane dotyczące sposobu budowania ceny oferty oraz metod jej kalkulacji, stanowią informacje organizacyjne przedsiębiorstwa mające niezwykle istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Informacje dotyczące kalkulacji ceny, w przypadku nieuprawnionego ich ujawnienia - stanowiłyby cenne źródło informacji dla konkurencji.

(12) Niewątpliwie informacja dotycząca sposobu kalkulacji ceny, w tym prowadzonej przez Wykonawcę polityki cenowej, jest informacją mającą wartość gospodarczą. Przedmiotowe informacje nie były nigdy podane do publicznej wiadomości, a wręcz przeciwnie są pilnie strzeżone i przekazywane jako informacje opatrzone klauzulą poufności. Ponadto umowy zawierane z poszczególnymi specjalistami zastrzegają dochowanie tajemnicy w zakresie wynagrodzenia.

(13) *Pragniemy także wskazać, iż Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał ochronę tajemnicy handlowej za ogólną zasadę (wyrok z dnia 24 czerwca 1986 r. w sprawie 53/85). Nieujawnienie zatem informacji, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, która została przez wykonawcę zastrzeżona w ofercie, nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.*

(14) *Ponadto wskazujemy, że informacje, co do których zastrzeżono tajemnicę przedsiębiorstwa nie zostały dotychczas ujawnione do publicznej wiadomości.*

(por. uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień ceny przystępującego z dnia 2 kwietnia 2023 r. na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że 2 czerwca 2023 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia (por. plik: ww. zawiadomienie, w aktach sprawy, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że w odpowiedzi na wniosek odwołującego o udostępnienie załączników do protokołu zamawiający odmówił udostępnienia odwołującemu wyjaśnień ceny przystępującego z dnia 1 marca 2023 r. i 2 kwietnia 2023 r., które ten zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Dostrzec należy, że pierwotnie na gruncie poprzedniej ustawy Pzp z 2004 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.**

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek „wykazania” zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przedmiotem oceny Izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez przystępującego informacji prawidłowo ustalił, że przystępujący wykazał, iż rzeczywiście tajemnicę jego przedsiębiorstwa stanowią informacje w podanych wyjaśnieniach ceny. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1) *informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,*

2) *jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,*

3)uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtyśński w: *Komentarz do art. 11 ZNKU*, w: *Komentarz ZNKU pod red. J. Szwej*, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, *Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex*, za pośrednictwem *Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, *Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji*, *Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ*, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem *Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeżonej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzeżona informacja taką wartość posiada.

Zdaniem Izby uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzone przez przystępującego przy pismach z dnia 1 marca 2023 r. i 2 kwietnia 2023 r. świadczyły o tym, że wykonawca ten nie udźwignął ciężaru wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Analiza sporządzonych przez przystępującego uzasadnień prowadziła do wniosku, że brakowało w nich omówienia i wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, ich unikalności, a także podjęcia działań celem zachowania ich w poufności i wreszcie wykazania, że informacje te nie są łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji.

Jeśli chodzi o wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji to przystępujący nie udźwignął ciężaru nie tylko wykazania, ale nawet wyjaśnienia w czym upatruje wartości gospodarczej poszczególnych kategorii informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach. Dla wykazania nie wystarcza ogólne, gołostowne zadeklarowanie, że dana informacja posiada wartość gospodarczą, ale okoliczność tę należy szczegółowo wyjaśnić. W analizowanej sprawie przystępujący jedynie zadeklarował ogólnie i lakonicznie, że bliżej niesprecyzowane informacje mają dla niego wartość gospodarczą, ale nie wyjaśnił dlaczego. Dostrzeżenia wymagało, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w zakresie wartości gospodarczej, składało się dosłownie z kilku ogólnych zdań.

Przedłożone przez Wykonawcę zastrzeżone informacje dotyczące rozwiązań organizacyjnych, świadczonych usług, personelu i mają dla Wykonawcy wartość organizacyjną, handlową i gospodarczą, gdyż określają w sposób szczegółowy sposób organizacji i funkcjonowania Wykonawcy o wymiernej wartości umożliwiający uzyskanie i realizację wielu zamówień publicznych.

Ujawnienie zawartych w wyjaśnieniach - danych i informacji - innym wykonawcom, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, a zatem działających na tym samym rynku co Wykonawca, niesie poważne ryzyko przejęcia przez nich wiedzy i potencjału, którym dysponuje Wykonawca - w tym także - w przypadku kalkulacji ceny - wiedzy w zakresie sposobu konstruowania ceny oferty.

Zastrzeżone dokumenty, w szczególności kalkulacja ceny, obejmują bowiem doniosłe z gospodarczego punktu widzenia dane odnoszące się do zastosowanych indywidualnych rozwiązań technicznych, organizacyjnych, (...).

Zdaniem Izby przystępujący nie sprostął nie tylko konieczności wykazania ale nawet choćby opisanie, z czego wnosi, że przyjęty przez niego sposób kalkulowania jest z jakichś względów unikalny, wyjątkowy, niespotykany i niedostępny innym wykonawcom. W analizowanym uzasadnieniu znalazły się jedynie gołostowne, ogólne deklaracje o wartości gospodarczej kalkulacji, z nieznanymi względów. Pomimo przeanalizowania uzasadnienia nie sposób było ustalić, na czym miałyby polegać know-how przystępującego przy kalkulowaniu, nieudostępne innym wykonawcom. Przystępujący nie wykazał przykładowo, że może korzystać z dobrodziejstwa niespotykanych na rynku, konkurencyjnych stawek wynagrodzeń specjalistów, albo, że przyjęte przez niego pracochłonności usług są niespotykane bo możliwość obniżenia pracochłonności wynikała z jakichś unikalnych, nieznanymi innym konkurentom rozwiązań. Przystępujący nie wykazał także, że przyjęte stawki kosztów są mniejsze z uwagi na jakieś unikalne rozwiązania, niedostępne na rynku, albo, że jest w posiadaniu jakiejś konkurencyjnej oferty usługodawcy czy dostawcy mediów, usług, materiałów, właścicieli

lokalu, którą zamierza zastosować w trakcie świadczenia usługi na rzecz zamawiającego, a do której udało mu się dotrzeć.

Znamiennym w sprawie było także to, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie starał się rozszerzać uzasadnienie czynności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa o powody, które sam przystępujący nie wskazał jako motywy poczynionego zastrzeżenia. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał przykładowo, że ujawnienie kalkulacji mogłoby wiązać się z ujawnieniem tajemnicy zawodowej, wynikającej z przepisów o adwokaturze i przepisów korporacyjnych. Dostrzeżenia wymagało, że przystępujący w sporządzonym przez siebie uzasadnieniu nie wskazywał na tę okoliczność. Z powyższego wynikało, że zamawiający podejmował decyzję o uznaniu skuteczności zastrzeżenia także częściowo w oparciu o informacje i dane, które nie wynikały z uzasadnienia sporządzonego przez przystępującego.

W dalszej kolejności podkreślenia wymagało, że uzasadnienie zastrzeżenia nie tylko okazało się lakoniczne i nic nie wnosiło do sprawy, ale także pozostało gołosłowne. Na poparcie swych twierdzeń przystępujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów. Z art. 18 ust. 3 Pzp wynika konieczność wykazania skuteczności zastrzeżenia. Za wykazanie nie można było żadną miarą uznać kilku ogólnych, lakonicznych i gołosłownych zdań.

Zdaniem Izby przystępujący nie przedstawił także wystarczających wyjaśnień i dowodów, które potwierdzałyby, że podjął jakiegokolwiek działania celem zachowania danych w poufności. Przystępujący w sporządzonych przez siebie uzasadnieniach wskazał jedynie:

(4) Odnośnie do warunku dotyczącego informacji nieujawnionych do wiadomości publicznej pragniemy zaznaczyć, że informacje objęte zastrzeżeniem nie zostały jako całość ujawnione do wiadomości publicznej i są znane jedynie Partnerom Wykonawcy oraz w ograniczonym zakresie ograniczonej grupie pracowników działu ofertowania biorącej udział w przygotowywaniu dokumentacji przetargowej. Inni wykonawcy, nie mogą wejść w posiadanie tych informacji „zwykłą” i dozwoloną drogą.

(5) W szczególności informacje dotyczące ponoszonych kosztów Wykonawcy, jak również uzyskiwanego dochodu, znane są wyłącznie Partnerom Wykonawcy i nie są udostępniane jakimkolwiek osobom trzecim.

Jak wynikało z powyższego, przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia nie sprecyzował dostatecznie, jakie szczegółowe, konkretne działania podejmowane są w jego firmie, celem zachowania utajnianych danych w poufności. Nie tylko nie przedstawiono, ale nawet nie wspomniano o żadnych obowiązujących w firmie politykach bezpieczeństwa, regulaminach, sposobach obiegu dokumentów, listach osób mających dostęp do poufnych danych, umowach o zakazie konkurencji, umowach o zachowaniu w poufności, oświadczeniach kontrahentów o obowiązku zachowania danych i informacji wynikających z kontraktów w poufności.

Taką próbę i to szczątkowo przystępujący podjął dopiero w piśmie procesowym i na rozprawie. W piśmie procesowym przystępujący wyjaśnił:

Wszystkie składane dokumenty w ramach niniejszego postępowania, w tym w szczególności wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, przygotowane były i podpisane, osobiście przez Partnera spółki. Wszystkie pliki dotyczące postępowania przechowywane są tylko i wyłącznie na nośnikach informacji dostępnych dla tego Partnera.

Jest rzeczą oczywistą i niewymagającą obszerniejszych wyjaśnień, że dostęp do informacji zawartych na tych nośnikach jest chroniony hasłem, znanym jedynie użytkownikowi. Jest to powszechna praktyka w każdym przedsiębiorstwie a już wręcz bezwzględnie wymagana w przypadku wykonywania zawodu adwokata, który jest w posiadaniu dokumentów objętych tajemnicą adwokacką.

Dokumenty objęte tajemnicą są w postaci elektronicznej i nie posiadają swojej kopii fizycznej, a zatem mając na uwadze powyższe, nie jest możliwe, aby informacje te były powszechnie znane wśród osób zajmujących się tego rodzaju informacjami lub, były łatwo dostępne dla takich osób.

W celu zachowania przedmiotowych informacji w poufności, we wszystkich postępowaniach w których występują dane objęte tajemnicą, kalkulację ceny przeprowadza Partner spółki, odpowiedzialny u Przystępującego za udział Kancelarii w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – tj. R.Z.. Wszelkie decyzje dotyczące stosowanych marż, strategii cenowej oraz ustalania wysokości kosztów zapadają w ścisłym gronie Partnerów. Spotkania na których zapadają powyższe decyzje zawsze odbywają się w osobnym przeznaczonym do tego pomieszczeniu w Kancelarii i zawsze bez udziału osób trzecich.

Z kolei w trakcie rozprawy przystępujący dodatkowo wyjaśniał, na czym polega ograniczony zakres dostępu osób z działu ofertowania do zastrzeżonych w tym postępowaniu wyjaśnień:

Ten ograniczony zakres oznacza, że niektóre z załączników były digitalizowane przez pracowników działu ofertowania.

Jedyna kopia wyjaśnień ceny znajduje się na komputerze jednego z partnerów. Wskazuję, że informacje te faktycznie nie są tajemnicą adwokacką w rozumieniu właściwych przepisów, jednakże poprzez umieszczenie ich na tożsamym sprzęcie komputerowym, na którym znajdują się także informacje objęte informacją obrończą oznacza, że informacje zastrzegane w tym postępowaniu są właściwie chronione.

Dopiero zatem w treści pisma i w wyniku przebiegu rozprawy zamawiający mógł powziąć i to szczątkowe informacje na temat tego, w jaki sposób przystępujący chroni zastrzegane przez siebie informacje. Tego typu informacji próżno było szukać w uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny przystępującego.

Jednakże, jak wynikało wyraźnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, wykazanie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a więc również, jakie działania się podjęło celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności, powinno nastąpić z momentem przekazywania takich informacji zamawiającemu. Próby uczynienia tego na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą należało uznać za spóźnione. Zamawiający podejmując zaskarżoną w odwołaniu czynność polegającą na uznaniu skuteczności zastrzeżenia nie był w posiadaniu informacji przedstawionych przez wykonawcę w piśmie procesowym, ani na rozprawie.

Ponadto twierdzenia z pisma procesowego częściowo okazały się sprzeczne z uzasadnieniami zastrzeżeń, w których wskazano, że dostęp do zastrzeganych informacji mają nie tylko partnerzy, ale także *ograniczona grupa pracowników działu ofertowania biorąca udział w przygotowywaniu dokumentacji przetargowej.*

Na uwagę zasługiwał także fakt, że oświadczenia zarówno z uzasadnienia zastrzeżenia, jak i pisma procesowego okazały się niezgodne ze stanem faktycznym. Oczywistym jest bowiem, że część z załączników do wyjaśnień ceny przystępującego jest w posiadaniu nie tylko partnerów i pracowników z działu ofertowania, ale także kontrahentów przystępującego, wymienionych w załącznikach do wyjaśnień. Przystępujący zaś nie tylko nie wykazał, ale nawet nie twierdził, aby kontrahenci zobowiązali się do zachowania danych zawartych w tych kontaktach (fakturach) w poufności. Nie złożono też oświadczeń kontrahentów o obowiązku zachowania danych i informacji wynikających z kontraktów (faktur) w poufności.

Nie polegały także częściowo na prawdzie twierdzenia przystępującego zawarte w piśmie, jakoby *dokumenty objęte tajemnicą są w postaci elektronicznej i nie posiadają swojej kopii fizycznej.* Duża część załączników do wyjaśnień ceny przystępującego stanowiła bowiem skany istniejących dokumentów papierowych. Przystępujący nie wykazał, jakie działania podjął celem zachowania w poufności omawianych dokumentów papierowych.

Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający miał obowiązek stwierdzić bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w materiale dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy.

Poza oceną Izby w tym postępowaniu odwoławczym musiała pozostać ocena skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny odwołującego oraz wyjaśnień ceny wykonawcy wykonawcą Duraj & Reck i Partnerzy Kancelaria Adwokacka z siedzibą w Katowicach. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia 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, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający – z naruszeniem art. 18 ust. 1 i art. 18 ust. 3 ustawy Pzp – zaniechał czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny przystępującego. Analiza tych wyjaśnień może zaś umożliwić innym wykonawcom skorzystanie ze środków ochrony prawnej wobec czynności oceny przez zamawiającego tych wyjaśnień ceny.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny przystępującego z dnia 1 marca 2023 r. i 2 kwietnia 2023 r., wraz z załącznikami.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł.

Izba oddaliła wniosek odwołującego w zakresie zwrotu kosztów wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika na podstawie złożonego rachunku. Odwołujący w toku przedmiotowego postępowania reprezentowany był przez jednego z partnerów spółki partnerskiej odwołującego uprawnionego do samodzielnej reprezentacji występującego w charakterze strony, a nie przez pełnomocnika. Tymczasem jak wynika z § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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) do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami”, zalicza się: (...)

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

- a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,
- b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,
- c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,
- d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania

odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....