

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **25 czerwca 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **30 maja 2025 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **MS-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Tłuszcz* (ZP.271.1.2.2025)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Tłuszcz** [„Zamawiający”]

przy udziale jako współuczestników po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami ZIELONKA sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce**, **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych JURAND sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce** [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odstąpienie w całości złożonych przez Przystępujących wyjaśnień dotyczących ceny oferty wraz z załączonymi dowodami oraz udostępnienie ich Odwołującemu.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego, tj.:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **uzasadnionych kosztów Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,**

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

Na niniejsze orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych**.

Uzasadnienie

Gmina Tłuszcz {dalej: „Gmina” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1320 ze zm.) {dalej również: „ustawa Pzp”, „ustawa pzp”, „Pzp lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Tłuszcz* (ZP.271.1.2.2025).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 5 marca 2025 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 47 pod poz. 149307.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

20 maja 2025 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami ZIELONKA sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce i Przedsiębiorstw Usług Komunalnych JURAND sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce {dalej: „Konsorcjum” lub „Przystępujący”}.

25 czerwca 2025 r. MS-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Ms-Eko” lub „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności, a także od zaniechania odstąpienia i udostępnienia w całości wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez Konsorcjum.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}:

1. Art. 18 ust. 1 i 3 w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) {dalej również” „uznk”} w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 – przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu kompletnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny Konsorcjum, tj. w zakresie części opisowej wyjaśnień oraz załączników, których Zamawiający nie udostępnił w całości, pomimo że nie zostały skutecznie zastrzeżone przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu powyżej wskazanego przepisu uznk, co stanowi naruszenie zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

2. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej

rażąco niską cenę, pomimo że Konsorcjum nie uzasadniło tej ceny i jej elementów składowych w złożonych wyjaśnieniach [zarzut ewentualny w stosunku do poprzedniego].

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Ponownego badania i oceny ofert, w tym odstąpienia wyjaśnień Konsorcjum dotyczących ceny w pełnym zakresie i z wszystkimi załącznikami oraz udostępnienie ich Ms-Eko.
3. Ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie przepisów wskazanych powyżej [żądanie ewentualne w stosunku do poprzedniego].

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano powyższe zarzuty przez podniesienie okoliczności faktycznych i prawnych, które wzięto pod uwagę i odzwierciedlono dalej w zakresie, który miał znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Konsorcjum złożyło „Klauzulę tajemnicy przedsiębiorstwa” zawierającą zarówno oświadczenie o zastrzeżeniu [pierwszy akapit] w całości składanych pismem z 16 kwietnia 2025 r. wyjaśnień dotyczących ceny wraz z załączonymi do nich dowodami jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i uzasadnienie [kolejne akapity] {pisownia oryginalna}:

Niniejszym zastrzegamy, że przekazane Zamawiającemu – Gminie Tłuszcz w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Tłuszcz” ZP.271.1.2.2025 informacje zawarte w odpowiedzi na pismo z dnia 15.04.2025 r. dotyczące wyjaśnień cen oferty i sposobu jej wyliczenia a w szczególności informacji o instalacjach i podmiotach, którym odpady zostaną przekazane do zagospodarowania, cenach zagospodarowania, podmiotach z którymi współpracuje, umowach, ofertach jakie firmy tworzące konsorcjum otrzymało od podmiotów z którymi współpracuje jako informacje handlowe i organizacyjne posiadające istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy (przedsiębiorców tworzących konsorcjum) zawarte w ofercie, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zobowiązujemy Zamawiającego do nieujawniania informacji dotyczących instalacji i podmiotów, z jakimi wykonawca współpracuje w zakresie zagospodarowania odpadów podmiotom trzecim. Dokumenty zostały zastrzeżone ze względu na ich wartość gospodarczą, handlową oraz organizacyjną dla członków konsorcjum. Spółki, które złożyły ofertę traktują ww. informacje jako poufne i stosują wewnętrznie przyjęte środki bezpieczeństwa przed nieuprawnionym ujawnieniem tych informacji. Informacje te są o istotnej wartości gospodarczej dla spółek tworzących konsorcjum, gdyż ujawniają, w jaki sposób organizowany jest proces przetwarzania odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości – które frakcje przekazywane są instalacjom zagospodarowującym odpady, które frakcje podmiotom zbierającym odpady, w jaki sposób dobierane instalacje do przetwarzania odpadów, jakim procesom przetwarzania mogą być poddane odpady. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, że publicznie dostępne są informacje o podmiotach przetwarzających dany rodzaj odpadów, gdyż istotą zastrzeganej informacji jest fakt nawiązania współpracy przez Wykonawcę z danym podmiotem oraz warunki tej współpracy, nie zaś rodzaj prowadzonej przez ten podmiot działalności.

Objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty mają istotną wartość gospodarczą, w szczególności wartość handlową oraz organizacyjną, gdyż określają, na jakich zasadach odbywa się współpraca Wykonawcy z kontrahentami. Informacje o rodzajach i ilościach odpadów, które mogą być zagospodarowane u konkretnych kontrahentów, stanowią wynik wieloletnich doświadczeń i długotrwałych negocjacji. Dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa ujawniają informacje o istotnych aspektach działalności Wykonawcy – kierunki przekazywania odpadów, dane kontrahentów, zasady doboru i współpracy z poszczególnymi podmiotami gospodarczymi, które po zestawieniu ich w całość ujawniają strategię działania Wykonawcy. Informacje te ukazują ścisłe preferencje dla realizacji przedmiotowego zamówienia, nie tylko w zakresie zagospodarowania odpadów, ale także w zakresie instrumentów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, a także ukazują jaką metodykę jaką przyjmuje Wykonawca w przypadku realizacji podobnych usług. Właściwy dobór kontrahentów jest efektem czasochłonnych działań podejmowanych w celu rozeznania rynku, weryfikacji poszczególnych kontrahentów pod kątem posiadania wymaganych prawem zezwoleń i nawiązywania relacji gospodarczych. Koszty zagospodarowania odpadów stanowią istotny element mający wpływ na oferowaną przez wykonawcę cenę, dlatego też dobór podmiotów zajmujących się zagospodarowaniem odpadów decyduje o przewadze konkurencyjnej, a zatem stanowi istotną wartość gospodarczą, która może przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów. Dzięki temu wykonawca zyskuje przewagę nad pozostałymi podmiotami w branży odpadowej.

Informacje ujawniają know-how w zakresie prowadzenia działalności zawierają bowiem dane istotne z punktu widzenia zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, jakim jest usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Wybór instalacji następuje na zasadach wolnorynkowych, według założeń opracowanych przez wykonawcę, z uwzględnieniem posiadanych przez kontrahentów decyzji. Zakaz ujawniania zastrzeżonych jako tajemnica

przedsiębiorstwa informacji wynika z konieczności ochrony interesów Wykonawcy, w szczególności względem konkurentów Wykonawcy. Ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową Wykonawcy i narazić go na szkodę. Podmioty konkurencyjne na rynku odpadowym z łatwością mogłyby wykorzystać ujawnione informacje dla podejmowania działań mogących wyrządzić Wykonawcy szkodę, np. poprzez działania utrudniające lub wręcz uniemożliwiające realizację współpracy ze wskazanymi kontrahentami. Takie działania z uwagi na ograniczone moce przerobowe instalacji stanowią realną obawę wykonawcy. Znajomość instalacji i podmiotów przyjmujących odpady do zagospodarowania, może prowadzić do tego, że konkurenci będą chcieli skorzystać z tych samych usługodawców, oferując im korzystniejsze warunki współpracy w celu wyeliminowania ich dotychczasowej współpracy z Wykonawcą. Nawiązanie współpracy przez podmiot konkurencyjny z kontrahentami wykonawcy może zaś zniwelować przewagę wykonawcy i skutkować koniecznością nawiązania współpracy z nowymi odbiorcami odpadów, po wyższych cenach. Relacje biznesowe ze wskazanymi w ofercie instalacjami wykonawca zamierza kontynuować w przyszłości. Z tego względu, znając podmioty, którym wykonawca zamierza przekazywać odpady mogą przewidzieć jego strategię biznesową i ceny winnych postępowaniach. Taka sytuacja wymaga objęcia ochroną interesów wykonawcy.

Wobec powyższego, wnosimy o bezwzględne przestrzeganie niniejszej klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uprzednio takie samo uzasadnienie zostało złożone wraz z ofertą dla uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu instalacji, do których będą przekazywane odpady.

Pismem z 9 maja 2025 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum, że po analizie złożonych wyjaśnień i dokumentów uznał, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa zawarte w: 1) ofercie, tj. wykazie instalacji (dalej „Wykaz”), 2) wyjaśnieniach z 15 kwietnia 2024 r., 3) podmiotowych środkach dowodowych przesłanych 28 kwietnia 2025 r [niektóre z nich zostały objęte kolejnym zastrzeżeniem, znacznie zwięźle uzasadnionym] nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z wyjątkiem: 1) części informacji zwartych w wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny, tj.: a) kosztów zagospodarowania odpadów pozycji oferty zawartych w pkt 1 wyjaśnień, b) kosztów wynagrodzeń, c) kosztów pracy taboru samochodowego, zużycia paliwa i eksploatacji, d) kosztów zużycia worków; 2) dowodów na potwierdzenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny w postaci: a) faktury nr PUKFV/000016/2025/01, b) faktury nr FSU/STENA/45013867 wraz z korespondencją email dot. oferty handlowej, c) faktury nr FV/13/04/2025, d) faktury nr F/201/03/2025, e) faktury nr F/102/04/2025, f) faktury nr 40/2025 g) oferty handlowych, które to treści nie będą podlegać udostępnieniu osobom trzecim.

Abstrahując od powołania się na orzecznictwo i przywołania fragmentów uzasadnień, Zamawiający następująco uzasadnił częściowe odtajnienie wyjaśnień dotyczących ceny {pisownia oryginalna}:

W treści uzasadnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, ze wskazanymi wyjątkami, Zamawiający nie znalazł informacji, które można uznać za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż żadna z przedstawionych tam informacji nie posiada wartości gospodarczej. Samo uzasadnienie zawiera ogólne wyjaśnienia zastrzeżenia informacji.

(...)

Wykonawca zastrzegając w zasadzie pełną treść wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w poz. nr 1, 2, 3, 4 i 5 oraz treść załączników, a nie jedynie dane wyjątkowo wrażliwe (np. stawki, dane kontrahentów i przedstawiając ogólne uzasadnienie, które trudno przyporządkować do utajnionych informacji, sam pozbawił się ochrony tych informacji. Wykonawca powinien mieć pełną świadomość, z czym wiąże się udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności że zasadą tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność.

(...)

Zamawiający zdecydował się ujawnić zastrzeżoną przez Wykonawcę część wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż poza wartościami wskazującymi na konkretną wartość gospodarczą (koszty, ceny jednostkowe, nazwy kontrahentów), których Zamawiający postanowił nie ujawniać, zawierają one jedynie ogólne wyjaśnienie charakteru tych informacji oraz powodów, dla których Wykonawca uważa je za poufne.

Zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę nie zostało zindywidualizowane na potrzeby wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i nie wykazuje spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w odniesieniu do konkretnych, wyselekcjonowanych informacji. W ocenie Zamawiającego jest ono wręcz do tego stopnia ogólne, że ta sama treść uzasadnienia została wykorzystana przez Wykonawcę na potrzeby zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na różnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. na etapie składania oferty oraz na etapie składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Brak dostosowania uzasadnienia zastrzeżenia informacji do informacji przedstawionych Zamawiającemu w zakresie wykazu instalacji oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny może wskazywać, że jest ono wykorzystywane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia (np. ZP.271.1.1.2025 prowadzone przez Gminę Tłuszcz) prowadzonych przez innych Zamawiających.

Konsorcjum zaakceptowało powyższą czynność Zamawiającego, gdyż się od niej nie odwoływało.

Niesporne również było, że Zamawiający udostępnił Ms-Eko wyjaśnienia Konsorcjum wyłącznie w zakresie odtajnionych, czyli bez żadnych danych kalkulacyjnych, a także bez załączonych faktur i ofert handlowych.

Jak trafnie podniesiono w odwołaniu, w ramach przywołanego powyżej uzasadnienia Konsorcjum nie wskazało żadnych konkretnych działań, które podjęło w celu zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Ogólnikowe oświadczenie, że członkowie Konsorcjum twierdzenie stosują wewnętrzne przyjęte środki bezpieczeństwa przed nieuprawnionym ujawnieniem tych informacji, niczego nie wykazuje, gdyż nie identyfikuje nawet, o jakie środki chodzi. Konsorcjum nie załączyło również żadnych dowodów potwierdzających podjęcie tych bliżej niesprecyzowanych działań, więc nie sposób stwierdzić, czy zostały one podjęte, a tym bardziej niepodobna ocenić ich skuteczność.

Co więcej, załączone do wyjaśnień dowody w postaci faktur i ofert handlowych wskazują wręcz na coś przeciwnego, a także na brak przymiotu informacji, które nie są dostępne co najmniej przedsiębiorcom działającym w branży. Otóż ani faktury wystawione przez członków konsorcjum, ani faktury wystawione czy oferty złożone przez innych przedsiębiorców (w tym przesłane drogą mejlową) nie wskazują na podjęcie jakichkolwiek działań celem zachowania ich w poufności. Przede wszystkim nic nie wskazuje na to, że zastrzegane jako tajne informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i zostały podjęte niezbędne działania celem zachowania ich poufności. Z załączonych dokumentów, które pochodzą od innych podmiotów lub które są do nich adresowane, nie wynika bowiem, ani że te podmioty uważają przekazywane informacje, w tym fakt współpracy z członkami Konsorcjum czy warunki cenowe, za stanowiące tajemnicę ich przedsiębiorstwa, ani że podmioty te zobowiązały się do zachowania tych informacji w poufności jako tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum. Tym bardziej nie wykazano także, że podmioty te podjęły jakiegokolwiek działania w celu ochrony tych informacji przed ujawnieniem. W tym zakresie brak nawet konkretnego oświadczenia Konsorcjum w ramach przywołanego powyżej uzasadnienia.

Treść powyższego uzasadnienia nie wykazuje również, że informacje zawarte w złożonych wyjaśnieniach dotyczących ceny i załączonych do nich dowodach mają rzeczywiście dla Konsorcjum wartość gospodarczą. Pomimo względnej obszerności całe uzasadnienie sprowadzić można do błędnego koła – wyjaśnienia mają dla Konsorcjum wartość gospodarczą, bo metodologia kalkulacji cen odzwierciedla jego know-how, które samo przez się ma wartość gospodarczą. Przy czym Konsorcjum nie wyjaśniło, w czym upatruje wartości gospodarczej poszczególnych kategorii informacji zastrzeganych w poszczególnych częściach wyjaśnień, choćby przez odesłanie do konkretnych jego fragmentów. Z kolei powierzchownie opisany sposób działania należy uznać za oczywisty dla podmiotów z tej branży, więc dalece na wyrost jest nazywanie go unikalnym know-how Konsorcjum. Uzasadnienie *de facto* składa się z ogólnych deklaracji i zapewnień, w tym o tym, że wszystkie zastrzegane przez niego informacje są niedostępne dla konkurencji, które mogłyby zostać złożone w odniesieniu do wyjaśnień ceny w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Konsorcjum nie wykazało jednak ani ich unikalności, ani niedostępności innym wykonawcom prowadzącym działalność w zakresie profesjonalnych tłumaczeń.

Z kolei Zamawiający, choć zrobił krok w dobrą stronę, był zbyt ostrożny, kierując się, bardziej tym, czy określona kategoria informacji (w tym przypadku dane kalkulacyjne) mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zamiast tym, czy w tym przypadku rzeczywiście zostało to wykazane.

Konsorcjum, choć zdecydowało się na przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, nie wykazało żadnej aktywności w celu wykazania, że informacje, które w powyższy sposób utajniło, stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 18 ust. 1 pzp, 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 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest art. 18 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy zaznaczyć, że w poprzednio obowiązującej Ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp z 2004 r.”} analogiczne uregulowania zostały zawarte odpowiednio w art. 8 ust. 1-3 w wyniku nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1153 ze zm.), gdyż pierwotnie ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak to zauważono w uzasadnieniu do poselskiego projektu Ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) odnośnie wprowadzenia obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (czyli zmiany art. 8 ust. 3 pzp): *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.

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu *ad casu* spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Już w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 przesądzono, 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. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Art. 18 ust. 3 pzp nakłada zatem na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku prowadzonego postępowania jest stwierdzenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233).

Jak to ujął Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21, przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Natomiast sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych nie jest wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 pzp [aktualnie art. 18 ust. 3 pzp].

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić przed innymi wykonawcami i osobami trzecimi informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli że te informacje: po pierwsze – mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, po trzecie – że uprawniony do korzystania z nich lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (w szczególności jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

Jak to powyżej ustalono, Konsorcjum nie sprostało ciężarowi wykazania, że jego wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do żadnej z trzech przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa wynikających z art. 11 ust. 2 uznk, co oznacza, odwołanie jest zasadne.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp Izba 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.

Stwierdzone naruszenie przepisów art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż Zamawiający z naruszeniem tych przepisów zaniechał czynności odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu w całości wyjaśnień i załączonych do nich dokumentów. Z kolei ich odtajnienie może mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż po ich lekturze Odwołujący będzie mógł ewentualnie sformułować szczegółowe zarzuty, których skutkiem może

być odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum. Wynik postępowania może zatem jeszcze ulec zmianie. Takie stanowisko jest zgodne z dotychczasową linią orzecniczą Izby, a dodatkowo zostało potwierdzone przez Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu przywołanego powyżej wyroku z 1 października 2021 r.

Jednocześnie uwzględnienie zarzutu głównego oznacza, że zarzut ewentualny nie jest rozpoznawany (a tym samym nie ma potrzeby odnoszenia się do zgłoszonych w tym zakresie przez Odwołującego dowodów), a odwołanie należy poczytać za uwzględnione w całości.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożyły się: uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600 zł (potwierdzone złożoną do zamknięcia rozprawy fakturą VAT), orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jej wyniku, na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) obciążając nimi Zamawiającego.