

WYROK

z dnia 19 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2020 r. przez **L. S.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Czernica w Czernicy**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Oleśnicy**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1992 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 roku, poz. 1913) oraz art. 7 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Czernica w Czernicy** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie pisma wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Oleśnicy** nr TP/PW/64/10/20 z dnia 16 października 2020 r., wraz ze wszystkimi załącznikami, zawierającego wyjaśnienia wykonawcy w przedmiocie zaoferowanej ceny, i dokonanie ponownej oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Czernica w Czernicy** i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **L. S.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Gminy Czernica w Czernicy** na rzecz wykonawcy **L. S.** kwotę **13 862 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy osiemset sześćdziesiąt dwa złote zero groszy), stanowiącą

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Czernica w Czernicy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa odcinka grawitacyjnej sieci kanalizacyjnej sanitarnej o łącznej długości ok. 2,3 km wraz z tłocznią ścieków bytowych (P2) i rurociągami tłocznymi ok. 0,3 km w miejscowości Chrzęstawa Mała gm. Czernica (etap III-zlewnia tłoczni P2).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 listopada 2020 roku wykonawca L. S. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, podjętych w postępowaniu, polegających na:

1. uznaniu, iż wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, ul. Południowa 1,56-400 Oleśnica, (dalej również jako: „PIWIOŚ sp. z o.o.” oraz „przystępujący”) skutecznie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa złożone w dniu 19 października 2020 r. wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji utajnienie przez zamawiającego całego dokumentu nr TP/P W/64/10/20 z dnia 16 października 2020 r. wraz załącznikami, oprócz dowodu nr 9 zawierającego uzasadnienie w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;
2. zaniechaniu udostępnienia odwołującemu niezwłocznie po złożeniu przez niego stosownego wniosku wyjaśnień PIWIOŚ sp. z o.o. nr TP/PW/64/10/20 z dnia 16 października 2020 r. wraz załącznikami;
3. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska sp. z o.o.;
4. nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez PIWIOŚ sp. z o.o. i uznaniu, że wykonawca ten wykazał, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, podczas gdy nie jest możliwe prawidłowe zrealizowanie całego przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę;
5. zaniechaniu odrzucenia oferty PIWIOŚ sp. z o.o., mimo iż zawiera ona cenę skalkulowaną nierzetelnie, rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

6. podejmowaniu czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy P.z.p. poprzez stworzenie sytuacji, w której rzetelne zbadanie oferty nie jest możliwe.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1992 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

- poprzez nieuprawnione nieujawnienie odwołującemu wyjaśnień PIWIOŚ sp. z o.o. nr TP/PW/64/10/20 z dnia 16 października 2020 r. obejmujących wyjaśnienia wykonawcy w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie uznanie przez zamawiającego, że są one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa PIWIOŚ sp. z o.o., podczas gdy PIWIOŚ sp. z o.o. nie zastrzegł skutecznie tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż wniosek wykonawcy oparty jest na gołosłownych stwierdzeniach i przywołaniu orzecznictwa, nie odnosi się zaś do poszczególnych informacji, które miałyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i wobec których wykonawca podjął udokumentowane środki zabezpieczające zachowanie poufności; oraz jako zarzut ewentualny:

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PIWIOŚ sp. z o.o., pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a PIWIOŚ sp. z o.o. nie wyjaśnił, że cena jego oferty nie jest rażąco niska;

3. art. 7 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PIWIOŚ sp. z o.o.,

3. nakazanie zamawiającemu odtajnienia pisma PIWIOŚ sp. z o.o. nr TP/PW/64/10/20 z dnia 16 października 2020 r. wraz ze wszystkimi załącznikami zawierającego wyjaśnienia wykonawcy w przedmiocie rażąco niskiej ceny,

4. dokonanie przez zamawiającego ponownej oceny ofert.

W razie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że odwołującemu nie przysługują samodzielne zarzuty dotyczące nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PIWIOŚ sp. z o.o.,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, a następnie odrzucenie oferty PIWIOŚ sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę,
4. wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p., posiada zatem legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą PIWIOŚ sp. z o.o. w wyniku niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności zamawiającego polegającej na uznaniu za skutecznie zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie całych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny przedłożonych przez PIWIOŚ sp. z o.o. Odwołujący jest pozbawiony możliwości skutecznego wykazania, że oferta PIWIOŚ sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę i musi opierać się na domniemaniach. W ocenie odwołującego, zaproponowana przez PIWIOŚ sp. z o.o. cena nosi znamiona rażąco niskiej, a w konsekwencji oferta winna być przez zamawiającego odrzucona, a za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezgodnego z przepisami zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień PIWIOŚ sp. z o.o. w przedmiocie rażąco niskiej ceny, odwołujący wskazał, co następuje:

1. Dopuszczalność podniesienia zarzutu niezgodnego z przepisami zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniach poniżej progów unijnych.

Nagminność nadużywania prawa do zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców oraz bezrefleksyjne akceptowanie takich wniosków przez zamawiającą spowodowało, że Krajowa Izba Odwoławcza, w ślad za uchwałą Sądu Najwyższego, słusznie uznała, że ocena prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa może stanowić podstawę do wniesienia odwołania w postępowaniach podprogowych, jako okoliczność mająca istotny wpływ na prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2018 r., sygn. akt: 272/18, gdzie Izba uznała, że pomimo braku w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. ujęcia kwestii dotyczących możliwości wnoszenia odwołań na zastrzeżenie przez wykonawców w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa, to jednak mając na względzie fakt, że prawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa może mieć istotny wpływ na prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty, uznała za zasadne rozpatrzenie tego zarzutu. Idąc tokiem interpretacji Sądu Najwyższego wskazanego w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17 odwołujący wskazał, że wybór najkorzystniejszej oferty nie może być utożsamiany z ostatnią czynnością w sekwencji następujących po sobie działań zamawiającego, lecz winien uwzględniać czynności badania i oceny ofert złożonych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto Sąd stwierdził, że „wyliczenie przez ustawodawcę w art. 180 ust. 2 p.z.p. czynności zamawiającego podlegających zakwestionowaniu odwołaniem nie musi oznaczać istotnego ograniczenia dostępności odwołania jako środka prawnego w sprawach o udzielenie zamówień podprogowych, niewątpliwie natomiast porządkuje przebieg tych postępowań i przez to usprawnia je, gdyż osoby zamierzające kwestionować działania zamawiającego korzystają z uprawnień do wniesienia odwołania w odniesieniu do czynności finalizujących pewne etapy postępowania. Ocena czynności zamykających takie etapy postępowania przed zamawiającym jako legalnych bądź nielegalnych wymaga jednak uwzględnienia działań i zaniechań zamawiającego, które zadecydowały o ostatecznym kształcie czynności będącej w świetle art. 180 ust. 2 p.z.p. samodzielnym przedmiotem zaskarżenia w odwołaniu”.

2. Brak skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wniosku PIWIOŚ sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że w dniu 29 października 2020 r. wystąpił do zamawiającego o umożliwienie mu zapoznania się z dokumentami postępowania nr MTP.271.2.21.2020.EZ, a w szczególności z ofertą wykonawcy PIWIOŚ sp. z o.o. Zamawiający w dniu 30 października 2020 r. umożliwił odwołującemu zapoznanie się z dokumentacją postępowania, jednocześnie odmawiając ujawnienia całego dokumentu sporządzonego przez PIWIOŚ sp. z o.o. na wezwanie zamawiającego w przedmiocie złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, za wyjątkiem dowodu nr 9.

Odwołujący wskazał, że zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 i 1a ustawy P.z.p. zwrócił się do wykonawcy PIWIOŚ sp. z o.o. z żądaniem udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny zaoferowanej przez wykonawcę w postępowaniu. PIWIOŚ sp. z o.o. w piśmie datowanym na dzień 16 października 2020 r.

przedłożył zamawiającemu wyjaśnienia, jednocześnie zastrzegając całą ich treść oraz wszystkich załączników - za wyjątkiem dowodu nr 9, który odnosi się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że nie kwestionuje możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na późniejszym etapie postępowania, wobec treści dokumentów, które są składane na wezwanie zamawiającego, niemniej jednak ogólnikowe uzasadnienie zastrzeżenia całych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny było przedmiotem wielu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, która każdorazowo odnosiła się negatywnie do takiej praktyki wykonawców. W niniejszej sprawie wykonawca - PIWIOŚ sp. z o.o. złożył obszerne, acz ogólnikowe pismo, w którym ogranicza się do cytowania przepisów, orzecznictwa odnoszącego się ogólnie do tajemnicy przedsiębiorstwa, czy wymieniania funkcjonujących w jego firmie zabezpieczeń. Wykonawca w żadnym miejscu swojego pisma nie wskazuje dlaczego konkretne zastrzegane informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, jakie posiadają szczególne cechy decydujące o ich wartości gospodarczej. PIWIOŚ sp. z o.o. nawet nie zadał sobie trudu, żeby wyspecyfikować poszczególne informacje, które miałyby w jego ocenie spełniać przesłanki warunkujące uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa całe złożone przez siebie pismo wraz z załącznikami.

Odwołujący podkreślił, że nie stanowi uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, powoływanie się przez PIWIOŚ sp. z o.o. na bliżej nie sprecyzowane *know-how* (m.in. polityka cenowa, polityka pozyskiwania kontraktów, polityka wewnętrzna) ani też na strategię cenową wykonawcy, w sytuacji, gdy zaoferowana przez niego cena jest indywidualnie kalkulowana na potrzeby niniejszego postępowania - zgodnie z s.i.w.z. na podstawie przedmiaru robót załączonego przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego, zastrzeżenie całego dokumentu obejmującego wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie jest wiarygodne. Podkreślenia wymaga, że to nie dany dokument podlega zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, a informacja jako taka. PIWIOŚ sp. z o.o. powinien dokonać zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do poszczególnych informacji zawartych w dokumencie, nie zaś całości dokumentów. Kwestią podstawową w niniejszej sprawie jest fakt, że ocena winna dotyczyć każdej zastrzeganej informacji. Nie można się zgodzić z PIWIOŚ sp. z o.o., że za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać sposób budowy ceny oferty. Zgodnie z pkt III.6 s.i.w.z., załączony do dokumentacji przetargowej przedmiar robót służy wyłącznie jako materiał pomocniczy dla wykonawcy w celu wyliczenia ceny ofertowej i sporządzenia kosztorysu ofertowego stanowiącego załącznik do umowy. Wykonawcy byli więc

zobowiązani skalkulować cenę oferty w oparciu o załączony przedmiar robót. Budowa ceny, na którą wskazuje PIWIOŚ sp. z o.o., składa się z niezmiennych jednostek liczbowych wskazanych przez zamawiającego, do których wykonawcy przedkładają poszczególne jednostki cenowe - które mogą zaoferować. W ocenie odwołującego, o ile można brać pod uwagę jako tajemnicę przedsiębiorstwa np. nazwę dostawcy danego produktu, który wykonawca oferuje w korzystnej cenie, o tyle sama cena jest elementem jawnym.

Odwołujący stwierdził, że PIWIOŚ sp. z o.o. powinien wykazać, że zastrzegane przez wykonawcę informacje mają rzeczywistą wartość gospodarczą, a nie są jedynie gołosłownym hasłem. Wskazał, że wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość) posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości. Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem .

Odnosząc się do zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofercie PIWIOŚ sp. z o.o., odwołujący wskazał, że zamawiający w sposób nieuprawniony odmówił odwołującemu wglądu do wyjaśnień PIWIOŚ sp. z o.o. obejmujących wyjaśnienia wykonawcy w przedmiocie zaoferowanej przez niego ceny, w związku z czym odwołujący został pozbawiony możliwości realnego odniesienia się do oferty PIWIOŚ sp. z o.o. i musi opierać się na pewnych ogólnych założeniach i domniemaniach.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że obowiązkiem wykonawców w przedmiotowym postępowaniu było obliczenie ceny oferty uwzględniając całą dokumentację przetargową, w tym projekt budowlany, pozwolenia oraz przedmiar, który służyć ma sporządzeniu porównywalnych ofert. Ów przedmiar służył również zamawiającemu do sporządzenia kosztorysu inwestorskiego, na podstawie którego zamawiający dokonał oszacowania wartości zamówienia. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę: 3 583 498, 74 złote brutto (słownie: trzy miliony pięćset osiemdziesiąt trzy tysiące czterysta dziewięćdziesiąt osiem złotych i 74/100). Przedmiar został sporządzony przez doświadczoną osobę kosztorysanta, a następnie został dodatkowo

zweryfikowany i poprawiony przez drugiego kosztorysanta z ramienia zamawiającego, co wyraźnie minimalizuje ryzyko ewentualnych błędów obliczeniowych. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu zaakceptowali s.i.w.z. i załączone do niego dokumenty, w tym przedmiar, nie wnosząc do niego uwag. Są oni więc zobowiązani, w tym PIWIOŚ sp. z o.o. do skalkulowania oferty w oparciu o poszczególne pozycje z przedmiaru. W tym więc zakresie wykonawca nie jest uprawniony zmniejszyć poszczególnych pozycji, nawet jeżeli w jego ocenie nie są one prawidłowo przedstawione.

Odwołujący przypuszcza, że PIWIOŚ sp. z o.o. nie dokonał prawidłowego skalkulowania całego przedmiotu zamówienia, który został określony w dokumentacji postępowania. Cena oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania zamawiającego określone w s.i.w.z. oraz obejmować wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia. Udostępnienie przez zamawiającego przedmiaru robót nie zwalnia wykonawcy od obowiązku skalkulowania ceny oferty w oparciu o dokumentację projektową, STWIORB i projekt umowy, jak również uwzględnienia wszystkich robót i kosztów. S.i.w.z. nigdzie nie zawiera postanowień, które umożliwiałyby określenie innych ilości niż te wskazane w dokumentacji przetargowej. Odwołujący podkreślił, że nawet przy cenie ryczałtowej przedmiot zamówienia winien zostać prawidłowo wyceniony, w sposób ściśle określony przez zamawiającego, a zgoda na to, aby niektórzy wykonawcy nie stosowali się do ogólnych założeń s.i.w.z. jest niezgodna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). PIWIOŚ sp. z o.o. nie miał więc możliwości zaoferowania tak niskiej ceny, przy założeniu że do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia będzie wystarczający mniejszy zakres robót czy materiałów. Ewentualne oszczędności musiałyby wynikać z okoliczności dostępnych wyłącznie temu wykonawcy, jak np. liczne i wysokie rabaty na materiały, własne zaplecze sprzętowe. Przy czym nie wystarczy jedynie przywołanie, że wykonawca dysponuje określonymi rabatami czy sprzętem albo kadrą - bez konkretnej kalkulacji jak dane okoliczności wpływają na kształt ostatecznej ceny. Ogólne stwierdzenia nie poparte żadnymi konkretnymi kwotami mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia PIWIOŚ sp. z o.o. zawierają kalkulację ceny ofertowej, w której podane są kwoty dopasowane do danego stanu faktycznego sprawy, nie mające pokrycia w rzeczywistości. Zdaniem odwołującego w przypadku PIWIOŚ sp. z o.o. nie zachodzą jakiegokolwiek istotne, szczególne okoliczności - w zakresie postępowania objętego tym odwołaniem - właściwe tylko temu wykonawcy, które mogłyby pozwolić mu wycenić przedmiot zamówienia na aż tak niskim poziomie. Zauważył, że w niniejszym postępowaniu, oprócz PIWIOŚ sp. z o.o. oferty zostały złożone przez czterech innych wykonawców, mających doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych, w tym

kanalizacyjnych, którzy również dysponują własnymi zasobami, sprzętem, doświadczoną kadrą specjalistów i oraz korzystają z rabatów na materiały, na porównywalnym poziomie. PIWIOŚ sp. z o.o. nie wyróżniają tutaj żadne szczególne uwarunkowania. Odwołujący przypuszcza, że PIWIOŚ sp. z o.o. nie podał żadnych konkretnych przykładów istnienia obiektywnie właściwych i wyjątkowych dla tego wykonawcy czynników wpływających na tak znaczne obniżenie ceny - dlatego wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa całe swoje wyjaśnienia, aby uniemożliwić innym wykonawcom zweryfikowanie jego ceny. Odwołujący przypuszcza, że w wyjaśnieniach brak jest dowodów do kalkulacji ceny, z których by jednoznacznie wynikało że przedstawiona cena jest ceną realną, wynikającą z rzeczywiście ponoszonych kosztów i uwzględniającą zysk.

Odwołujący zauważył, że zamawiający, celem budowy kanalizacji sanitarnej w miejscowości Chrzastawa Mała zamieścił dwa ogłoszenia o zamówieniu publicznym. Pierwsze ogłoszenie o nr 609078-N-2018 ukazało się w dniu 28 sierpnia 2018 r. Jego przedmiotem była „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej (grawitacyjnej) dla miejscowości Chrzastawa Mała (etap I i etap II)”. Drugie ogłoszenie o nr 591185-N-2020 ukazało się w dniu 30 września 2020 r. Jego przedmiotem była „Budowa odcinka grawitacyjnej sieci kanalizacyjnej, sanitarnej o łącznej długości ok. 2,3km wraz z tłocznią ścieków bytowych (P2) i rurociągami tłocznymi ok. 0,3km w miejscowości Chrzastawa Mała gm. Czernica (etap III - zlewnia tłoczni P2)”. W obu przypadkach jako najkorzystniejsza wybrana została oferta PIWIOŚ sp. z o.o.

W przypadku pierwszego zamówienia, na podstawie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w przetargu nieograniczonym z dnia 18 września 2018 r. (załącznik nr 4b) PIWIOŚ sp. z o.o. uzyskało największą ilość punktów za cenę ofertową 3.993.379,50 złotych brutto. W informacji z otwarcia ofert z dnia 12 września 2018 r. zamawiający zadeklarował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 1.650.000 złotych brutto. Cena ofertowa stanowi w tym przypadku 242,02% deklarowanej kwoty zamawiającego. W przypadku drugiego zamówienia, na podstawie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w przetargu nieograniczonym z dnia 27 października 2020 r. PIWIOŚ Sp. z o.o. uzyskało największą ilość punktów za cenę ofertową 1.968.748,95 złotych brutto. W informacji z otwarcia ofert z 15.10.2020 r. Zamawiający zadeklarował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 3.583.498,74 PLN brutto. Cena ofertowa stanowi w tym przypadku 54,93% deklarowanej kwoty zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że dla obu zamówień - pierwszego obejmującego etapy I i II oraz drugiego obejmującego etap III - zakresy rzeczowe robót są porównywalne. Nieporównywalne są za to oferty finansowe, jakie złożył PIWIOŚ sp. z o.o. w obu

postępowaniach. Jeżeli porównamy cenę 3.993.379,50 złotych brutto z I przetargu z kwotą 1.968.748,95 złotych brutto z drugiego przetargu, to okazuje się, że różnica pomiędzy nimi wynosi 2.024.630,55 złotych brutto, czyli więcej niż kwota zaoferowana przez PIWIOŚ sp. z o.o. w drugim przetargu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że od pierwszego z przetargów minęło już dwa lata przez co zmianie uległa płaca minimalna:

- Płaca minimalna brutto w 2020 roku wynosi 2600 zł, co przekłada się na minimalną stawkę godzinową wynoszącą 17 zł brutto.
- W 2018 roku płaca minimalna wynosiła 2100 zł brutto, a stawka godzinowa wyniosła 13,70 zł. Według SEKOCENBUDU - Ośrodka Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa średnie stawki robocizny kosztorysowej w robotach obejmujących zadania, ceny pracy sprzętu oraz narzuty na Dolnym Śląsku zmieniły się w tym czasie w sposób następujący:

	III kwartał 2018	II kwartał 2020	Zmiana w %
Wartość robocizny	16,08PLN	18.23PLN	+ 13,34
Koszty pośrednie	63,80%	64,70%	+1,41
Koszty zakupu materiałów	7,60%	7,90%	+3,94
zysk	10,40%	11,00%	+5,76

W ocenie odwołującego, nie wydaje się by cena ofertowa w niniejszym postępowaniu (II przetarg) była realna, bowiem wiązałaby się z drastycznym spadkiem wynagrodzenia pracowników, co przy znaczącym wzroście parametru, jakim jest płaca minimalna, nie wydaje się możliwe. Na każdą cenę ofertową składają się trzy główne parametry: wartość robocizny, wartość pracy sprzętu oraz wartość materiałów niezbędnych dla wykonania zadania.

W przypadku robocizny wykonawca może założyć płacę minimalną powiększoną o koszty pośrednie i zysk, i tak pewnie było w przypadku oferty PIWIOŚ sp. z o.o. Zakładając, że robocizną policzono na poziomie 12,00 PLN/h bez narzutów to oznacza, że z narzutami $K_p=50\%$ i zyskiem $Z=10\%$ uzyskamy stawkę 19,80 złotych/h netto. Biorąc pod uwagę, że realizacja kontraktu wymaga 29.153 godzin pracochłonności robocizna ogółem wyniesie:

$$29.153h \times 19,80\text{PLN}/h = 577.229,40\text{PLN netto} \times 1,23 = 709.992,16 \text{ złotych brutto.}$$

Kolejna pozycja to materiały, których ceny nawet przy posiadanych rabatach w hurtowniach będą podobne, ale z pewnością wyższe w porównaniu do cen z roku 2018. W

przypadku oferty odwołującego, cena ta stanowi sumę, na którą składają się materiały podstawowe (załącznik nr 6) o wartości 368.817,53 złotych brutto, wartość tłoczni w wysokości 321.030,00 złotych brutto oraz materiały pozostałe o wartości 207.908,38 złotych brutto, co daje razem 897.755,91 złotych brutto, które należy powiększyć o koszty zakupu, zakładając 8%, daje to kwotę 969.576,38 złotych brutto.

Do pozycji tej należy doliczyć usługi obce, na które składają się:

- 1) wykonanie ścianek szczelnych (załącznik nr 8) - 59.197,00 PLN brutto;
- 2) obsługa geodezyjna - 30.750,00 PLN brutto;
- 3) kamerowanie i czyszczenie kanałów - 41.820,00 PLN brutto;
- 4) próby szczelności - 8.000,00 PLN brutto,
- 5) odtworzenie nawierzchni bitumicznych - 110.451,00 PLN brutto,
- 6) wykonanie przewiertów sterowanych - 78.120,00 PLN brutto.

Suma tych pozycji daje kwotę - 328.338,00 złotych brutto.

Po zsumowaniu wartości robocizny, materiałów i usług obcych uzyskujemy kwotę:

$709.992,16\text{ PLN} + 969.576,38\text{ PLN} + 328.338,00\text{ PLN} = 2.007.906,54$ złotych brutto.

Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę, że PIWIOŚ sp. z o.o. złożyło ofertę opiewającą na kwotę 1.968.748,95 złotych, na pracę sprzętu nie pozostaje już nic, bowiem wartość robocizny, materiałów i usług obcych przekroczyła budżet PIWIOŚ sp. z o.o. o kwotę 39.157,59 złotych brutto.

Odwołujący podkreślił, że zarówno on, jak i PIWIOŚ sp. z o.o. pracują na podobnym sprzęcie, koszt jego eksploatacji w tożsamy warunkach jest porównywalny. Koszty ponoszone na paliwo z pewnością są na bardzo podobnym poziomie, tym samym należy założyć, że minimalny koszt pracy sprzętu nie powinien być niższy niż 375.000,00 złotych brutto.

Z powyższych kalkulacji wynika, że PIWIOŚ sp. z o.o. nie doszacował swej oferty o około:

$375.000,00\text{ PLN} + 39.175,59\text{ PLN} = 414.175,59$ złotych brutto.

Odwołujący podkreślił, że wszystkie założenia przyjęte do powyższych wyliczeń są jedynie hipotetyczne (zastrzeżono całe wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny PIWIOŚ sp. z o.o.) i wynikają z dotychczasowych doświadczeń odwołującego. Odwołujący

do złożonej przez siebie oferty przyjął w niektórych pozycjach odmienne, właściwe tylko dla niego założenia czego dowodem jest kwota jaka została zaoferowana w przetargu w wysokości 3.038.850,28 złotych brutto.

Odwołujący wskazał, że posiada własny sprzęt niezbędny do wykonania zadania w postaci koparek, koparko-ładowarek, ładowarek, wywrotek, samochodów skrzyniowych, zagęszczarek, szalunków systemowych do wykopów, pomp do odwadniania wykopów itp. Zatrudnia 30 pracowników na umowę o pracę, w tym kadre inżynieryjno-techniczną, posiadając bardzo bogate doświadczenie w realizacji tego typu robót zdobyte w trakcie 35 lat istnienia firmy. Z technicznego punktu widzenia przy podobnym zakresie robót, użytych materiałów, technologii wykonywania prac oraz geologii gruntów uwarunkowanych realizacją w tej samej miejscowości - nie widać racjonalnych przesłanek, dla których cena zaoferowana w II przetargu była tak drastycznie zaniżona w stosunku do ceny I przetargu.

Zamawiający na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów reprezentacji przed Izbą.

Zamawiający wskazał na art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. i stwierdził, że w zakresie zarzutu 1 odwołanie nie jest dopuszczalne. Odwołujący stosuje zbyt szeroką interpretację przepisu dotyczącego możliwości wniesienia odwołania w zakresie obliczenia oferty. W tym zakresie odwołanie powinno zostać odrzucone.

Zamawiający wskazał jednak, że udostępnił wszystkie dokumenty, które mógł udostępnić. W jego ocenie, nie można powiedzieć, że przystępujący nie zastrzegł skutecznie tajemnicy przedsiębiorstwa. W dokumentacji znajdowały się informacje handlowe, oferty handlowe, informacje biznesowe przystępującego.

Odnosząc się do 2 zarzutu stwierdził, że wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Złożone wyjaśnienia zamawiający poddał analizie. W jego ocenie przystępujący nie zaoferował ceny rażąco niskiej, porównanie cen ofert z 2018 r., do tego postępowania jest niedopuszczalne i nie może stanowić dowodu na rażąco niską cenę. W 2018 r. ceny były na wysokim poziomie. Tamto postępowanie nie jest porównywalne z aktualnym. Doszło tam między innymi do wycofania zgód przez właścicieli nieruchomości, co miało wpływ na cenę. Wskazał, że zgodnie z art. 190 ust 1a ustawy P.z.p., ciężar dowodu w zakresie ceny spoczywa na wykonawcy, którego oferty dotyczy zarzut.

Przystępujący na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą oświadczył, że podziela stanowisko zamawiającego. Wskazał, że dokonał prawidłowej wyceny oferty i prawidłowo

zinterpretował przepis art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. W zał. nr. 9 w sposób szczegółowy wyjaśnił, dlaczego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał wszystkie czynności, które podjął w celu zachowania tajności. Wyjaśnił, że zawierają one szereg informacji. Stwierdził, że dowody i wyjaśnienia w pismach z 16 października 2020 r., są bardzo precyzyjne i szczegółowe i wyjaśniają, że cena przystępującego jest realna.

Odnosząc się do argumentacji dotyczącej cen z 2018 r., stwierdził, że zależy to od sytuacji ekonomicznej i gospodarczej oraz cen zawartych SekocenBud. Szacunki zamawiających są na ogół spóźnione. Tak było w 2018 r. W 2020 r. sytuacja jest inna, związana między innymi i z Covid-em. Szacunki zamawiających nie nadążają za cenami rynkowymi.

Stwierdził, że wyjaśnienia były szczegółowe i zawierały szereg dowodów. Podniósł, że ma doświadczenie w realizacji takich zamówień, ma zatem wiedzę, jak należy skalkulować ofertę. Wskazał, że postępowanie jest ryczałtowe, wyliczenia zrobił szczegółowe i dał temu wraz w informacjach złożonych zamawiający. Wniósł o oddalenie odwołania i poparł stanowisko zamawiającego dotyczące odrzucenia zarzutu nr 1.

Izba ustaliła, co następuje:

Przystępujący w ofercie zaproponował wykonanie zamówienia za cenę 1 968 748,95 zł brutto, co stanowi kwotę mniejsza niż 70,00% kwoty 3 583 498,74 zł brutto wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Pismem z dnia 15 października 2020 roku zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy P.z.p. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

W dniu 16 października 2020 roku przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami. Złożone dokumenty zostały przez niego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W piśmie, w którym przystępujący uzasadnił dokonane zastrzeżenie (oznaczonym jako dowód nr 9), wskazał, co następuje:

Jak wskazuje przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż

zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawarte w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp postanowienie umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji niepodlegających udostępnieniu.

Ponadto, zgodnie z orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, zastrzeżeniu podlegają również informacje, których potrzeba przedstawienia Zamawiającemu pojawiła się dopiero po upływie terminu składania ofert. W sposób powyższy KIO orzekła m. in. W wyroku 15 kwietnia 2019 r., KIO 545/19: „Przepis art. 8 ust. 3 p.z.p., określa moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazaną wraz ze złożeniem takiego dokumentu”,

Jerzy Pieróg wyraził w swoim komentarzu stanowisko (*Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. Jerzy Pieróg, wyd. 13, 2015), że: „Wystarczające dla skuteczności zastrzeżenia jest samo złożenie oświadczenia ze wskazaniem konkretnej części podlegającej temu zastrzeżeniu t...)”.

W podobnym tonie wypowiadają się art. Dr art. Ewa Nowińska i art. Dr art. Michał du Vall (*Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. Art. Dr art. Ewa Nowińska i art. Dr art. Michał du Vall, wyd. 6, 2013): „Dla uruchomienia ochrony wskazanej w komentowanym przepisie (przyt. Art. 11 ust. 4 u.z.n.k.) konieczne jest zatem, aby dana informacja była poufna, a więc nieujawniona. W tym celu powinna być odpowiednio zabezpieczona. Nadto informację taką powinna cechować bliżej nieokreślona «wartość gospodarcza». ”

Jak wynika z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1010, ze zm., dalej również zwanej: „Uznk”) przez informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Aktualne brzmienie art. 11 ust. 2 Uznk jest skutkiem implementacji art. 2 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic

przedsiębiorstwa) przed ich i bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, w świetle którego tajemnica przedsiębiorstwa oznacza:

„informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi:

a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;

c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy;"

W motywach dyrektywy wskazano na konieczność przyjęcia jednolitej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa: „Należy przyjąć jednolitą definicję tajemnicy przedsiębiorstwa bez ograniczania zakresu ochrony przed przywłaszczeniem. Taka definicja powinna zatem być sformułowana w sposób uwzględniający know-how, informacje handlowe i informacje techniczne w przypadkach, w których istnieje zarówno uzasadniony interes w utrzymaniu poufności, jak i uzasadnione oczekiwanie, że taka poufność zostanie zachowana. Ponadto taki know-how lub informacje powinny mieć rzeczywistą lub potencjalną wartość handlową. Takie informacje lub know-how powinny być uważane za informacje o wartości handlowej wówczas, gdy przykładowo ich bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie lub ujawnianie może spowodować szkody dla interesów która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, szkodząc jej naukowemu lub technicznemu potencjałowi, interesom gospodarczym lub finansowym, pozycji strategicznej lub zdolności do konkurencji." "

Z powyższych motywów dyrektywy jasno wynika, że jednym z celów jej przyjęcia jest rozszerzenie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo ustawodawca europejski w motywach ww. dyrektywy wprost określił jak ważne i wartościowe dla przedsiębiorcy są informacje i know-how, które stanowią o jego rynkowej przewadze konkurencyjnej. Zgodnie z motywem 1 preambuły dyrektywy: „Przedsiębiorstwa i instytuty badawcze o charakterze niekomercyjnym inwestują w pozyskiwanie, opracowywanie i wykorzystywanie know-how i informacji, które są walutą gospodarki opartej na wiedzy oraz zapewniają przewagę konkurencyjną. Inwestycja w tworzenie i wykorzystywanie kapitału intelektualnego jest czynnikiem decydującym dla konkurencyjności i osiągnięć wynikających z innowacyjności na rynku." "

Z kolei w motywie 2 dyrektywy podkreślono jak ogromną wartość ma tajemnica przedsiębiorstwa, skutkiem czego podlegać powinna ona szczególnej ochronie: „Przedsiębiorstwa, niezależnie od ich wielkości, uznają tajemnice przedsiębiorstwa za równie

wartościowe jak patenty i inne rodzaje praw własności intelektualnej. Wykorzystują one poufność jako narzędzie zarządzania konkurencyjnością przedsiębiorstw i Innowacjami w działalności badawczej, a także do szerokiej gamy informacji, wykraczających poza wiedzę techniczną i dane handlowe, takich jak informacje dotyczące klientów i dostawców, biznesplany oraz badania i strategie rynkowe. (...) Poprzez ochronę tak szerokiego zakresu know-how i informacji na temat przedsiębiorstwa, bez względu na to, czy równocześnie z prawami własności intelektualnej, czy zamiast tych praw, tajemnice przedsiębiorstwa pozwalają twórcom i innowatorom na czerpanie korzyści z ich twórczości i innowacji, a co za tym idzie są szczególnie ważne zarówno dla konkurencyjności przedsiębiorstw, jak i dla badań i rozwoju oraz osiągnięć wynikających z innowacyjności. "

Aby informacje zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, muszą zostać spełnione następujące przesłanki:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstw posiadają wartość gospodarczą,
- 2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- 3) podjęto co do tych informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Pomimo nowelizacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji aktualność zachowuje przywołane w niniejszym piśmie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej tajemnica przedsiębiorcy uległa wzmożonej ochronie, co nie może być pominięte przy ocenie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorcy w świetle ustawy Pzp w aktualnym stanie prawnym.

KIO w swym wyroku z dnia 8 października 2010 r. (sygn. akt: KIO 2079/10), uznała, że: „informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.(...) Taka informacja staje się tajemnicą przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób

musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą.

Zgodnie ze stanowiskiem Stanisława Sołtysińskiego, (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. Art. Dr art. Janusz Szwaja, wyd. III, 2013): „Posługiwanie się klauzulami poufności przez dysponenta tajemnicy (przedsiębiorcę) stanowi również dowód dokonania przez przedsiębiorcę niezbędnych działań, które zmierzają do zachowania stanu tajemnicy.”

1. WYKAZANIE PRZESŁANEK, O KTÓRYCH MOWA W ART. 11 UST. 2 USTAWY O ZWALCZANIU NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

1) Informacja ma charakter techniczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartości gospodarcze.

PIWIOŚ wskazuje, że przedmiotowe wyjaśnienia mają dla Spółki charakter gospodarczo-handlowy oraz organizacyjny przedsiębiorstwa. Zawierają one szczegółowe informacje na temat stosowanej przez Spółkę polityki cenowej, polityki pozyskiwania kontraktów, polityki wewnętrznej jej przedsiębiorstwa. Dodatkowo, pokazują, w jaki sposób PIWIOŚ organizuje pracę przedsiębiorstwa i jaki model stosuje.

Na podstawie tych informacji inne firmy konkurencyjne mogą powziąć informacje o potencjale Spółki, jej powiązaniach handlowych, sposobie organizacji jej przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania i doboru specjalistów skierowanych do realizacji umowy jak i wszystkich innych elementach, które de facto przesądzają o pozycji rynkowej danego podmiotu. Powyższe informacje to wyraz wiedzy i doświadczenia zdobywanych przez wiele lat funkcjonowania Spółki na rynku związanym z przedmiotem zamówienia.

Powyższe informacje to wyraz wiedzy i doświadczenia zdobywanych przez PIWIOŚ na rynku. Tym samym przedstawione przez Spółkę wyjaśnienia stanowią know-how Spółki, wobec czego są informacjami o charakterze technologicznym oraz organizacyjnym przedsiębiorstwa i posiadają dla Spółki ogromną wartość gospodarczą.

Wiedza o ww. zagadnieniach powzięta przez konkurentów Spółki może mieć negatywny wpływ właśnie na ww. pozycję rynkową PIWIOŚ, znacznie ją osłabiając, i uniemożliwić Spółce udział w procedurach publicznych i niepublicznych i tym samym zdobywanie kontraktów. Dla większości firm w tym dla Spółki informacja o sposobie budowania strategii finansowej i cenowej jest jednym z najcenniejszych składników know-how. Informacje na temat kontrahentów, partnerów i ich zasad współpracy nie są powszechnie dostępne, ani równe (standardowe) dla omawianego rynku.

W odniesieniu do zadań realizowanych na rzecz podmiotów publicznych, co prawda umowy dotyczące realizacji takich zadań co do zasady podlegają udostępnieniu, co nie znaczy, że będzie to miało miejsce w każdym przypadku.

Jak wskazuje się w doktrynie, ustawa z 6.9.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tj. Dz. U. Z 2018 r. Poz. 1330 ze zm.) wskazuje, że podstawą odmowy udzielenia informacji publicznej może być również ochrona tajemnic przedsiębiorcy (zob. Art. 5 ust. 2). Powołana ustawa używa terminu „tajemnice przedsiębiorcy”, a nie „przedsiębiorstwa”. W orzecznictwie pojawił się pogląd, że zakresy tych pojęć nie są w pełni tożsame. Zob. Np. Wyr. WSA w Warszawie z 8.6.2017 r. (II SA/Wa 118/17, Legalis): „pojęcia te w zasadzie pokrywają się zakresowo, choć tajemnica przedsiębiorcy w niektórych sytuacjach może być rozumiana szerzej”; wyr. NSA z 16.2.2018 r. (I OSK 852/16, Legalis): „pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa” i „tajemnicy przedsiębiorcy” nie są w pełni tożsame”. Zob. Jednak wyr. WSA w Łodzi z 11.4.2018 r. (II SA/Łd 125/18, Legalis): „Informacja publiczna odnosząca się do danych będących w posiadaniu przedsiębiorcy podlega udostępnieniu, gdy nie jest objęta ochroną wynikającą z art. 5 ust. 2 u.d.i.p. w związku z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.”; podobnie wyr. WSA w Krakowie z 8.2.2018 r. (II SA/Kr 1229/17, Legalis).

Ponadto, fakt uznawania umów o realizację zamówień publicznych za informacje publiczną, nie oznacza, że wszystkie informacje podlegające zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa w przyszłych postępowaniach zostały w takich umowach ujawnione. W treści takich umów nie są na ogół ujawniane konkretne czynności dokonywane każdego dnia w celu realizacji zamówienia, osoby stanowiące personel wykonawcy, realizujący przedmiotowe zamówienie oraz szczegółowe informacje o elementach cenowych składających się na cenę całkowitą oferty. Skoro ww. Informacje nie były ujawniane w umowie na realizację zamówienia publicznego, ich dane nie będą stanowiły informacji publicznie dostępnych, zatem nie mogą być z założenia uznawane za taką informację przez Zamawiającego.

Ponadto, PIWIOŚ z ostrożności podnosi, że pomimo faktu, iż część informacji dotyczących sposobu budowy ceny może być jawnych, to na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ochronie podlega także zbiór informacji jako całość bez względu na możliwość jawności określonych jego elementów.

Takim zbiorem dla Spółki jest sposób budowy ceny oferty. Spółka wskazuje, że zbiór ten stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Tym samym uznać należy, że zastrzeżone informacje bezsprzecznie mają dla PIWIOŚ charakter technologiczny, gospodarczy i organizacyjny przedsiębiorstwa.

2) *Informacje, jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.*

Odnosząc się do drugiej spośród przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazać należy, że wynikają z niej następujące wnioski:

1) *ocenie czy mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa podlega informacja jako całość jak i zbiór poszczególnych informacji, gdyż właśnie szczególne, konkretne ich zestawienie i wzajemne powiązania mogą ujawniać potencjał wykonawcy i mieć realną wartość gospodarczą,*

2) *informacja nie może być powszechnie znana lub łatwo dostępna osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji.*

Zastrzeżone przez PIWIOŚ jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty i oświadczenia nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, w tym w szczególności nie były publicznie ujawniane jako zespół (komplet) informacji, w kształcie i treści tożsamej z przedstawioną w ofercie. Inaczej mówiąc, w takim kształcie nigdy nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej”.

Spółka podkreśla, iż z uwagi na wskazany powyżej szczególny charakter informacji, zawartych w zastrzeżonych dokumentach, a także okoliczność, że w normalnym toku działania (art. za pośrednictwem Internetu) nie ma możliwości ich odnalezienia (przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że żadne z zastrzeżonych przez Spółkę Informacji nie zostaną przez Zamawiającego ujawnione).

Ponadto, PIWIOŚ ograniczyła dostęp do informacji mających przymiot informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie do niezbędnego grona osób w ramach Spółki.

Jak wynika z orzecznictwa KIO i poglądów doktryny, tajemnica nie traci swojego waloru w przypadku, gdy jest dostępna określonej, limitowanej grupie osób, których wiedza w zakresie zastrzeżonych informacji jest konieczna w celu prawidłowego wykonywania czynności. W związku z tym może się zdarzyć, że stosunkowo szerokie grono osób może posiadać wiedzę dotyczącą określonych informacji, co nie zmienia faktu konieczności zachowania tych danych w poufności w stosunku do Innych osób.

Spółka ponownie zatem wskazuje, iż zastrzeżone informacje w zaprezentowanej w ofercie formie nigdy w sposób publiczny nie były udostępniane przez PIWIOŚ (w

szczegółności nie były opublikowane art. na stronach internetowych PIWIOŚ, czy podmiotów współpracujących z Wykonawcą, a także nie ustanowiono dla nich publicznego dostępu).

Nowelizacja ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji usankcjonowała wyrażony od wielu lat w orzecznictwie obowiązek zamawiającego badania tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do zestawienia i zbioru elementów takiej informacji. Tytułem przykładu należy jedynie wskazać:

- 1) wyrok Sądu Najwyższego z 22 lutego 2007 r., sygn.. Akt V CSK 444/2006 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 sierpnia 2012 r., sygn.. Akt. Ca 3061/11, w świetle których nawet w sytuacji, gdy poszczególne elementy zbioru informacji są jawne, nie decyduje to o odebraniu przymiotu poufności całemu zespołowi Informacji;
- 2) wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2017 r., sygn.. Akt. KIO 2421/17, w świetle którego: *Jakkolwiek pojedyncze informacje o parametrach technicznych nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa ale zbiór pojedynczych parametrów już może stanowić informację stanowiącą tajemnicę*”.
- 3) *Podjęcie, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności*

W celu wykazania istnienia ostatniej ze wskazanych w art. 11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesłanki, a więc okoliczności, że w stosunku do zastrzeżonej informacji podjęto niezbędne działania w zakresie zachowania jej poufności PIWIOŚ wskazuje, że w szczególny sposób zadbała o zachowanie poufności tych informacji, między innymi poprzez:

- 1) *zastrzeganie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których Spółka bierze udział (a także, w których wcześniej brała udział);*
- 2) *ograniczenie kręgu osób, które mają dostęp do ww. informacji do niezbędnego minimum obejmującego wyłącznie pracowników Spółki i osoby, które uprzednio podpisały ze Spółką umowę o zachowaniu w poufności tych informacji;*
- 3) *zamieszczanie we wszelkiej korespondencji związanej z informacjami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym także w korespondencji mailowej, klauzuli „poufne”;*
- 4) *zabezpieczanie na serwerze Spółki informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa hasłem dostępu;*

5) zobowiązanie pracowników Spółki oraz osób, z którymi Spółka współpracuje na podstawie umów cywilnoprawnych, do zachowania w poufności informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa;

6) cykliczne przypominanie pracownikom Spółki o treści art. 100 § 2 pkt 4 i 5 Kodeksu pracy, zgodnie z którym pracownik jest obowiązany w szczególności: dbać o dobro zakładu pracy, chronić Jego mienie oraz zachować w tajemnicy informacje, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę, a także — przestrzegać tajemnicy określonej w odrębnych przepisach;

7) cykliczne przypominanie osobom współpracującym ze Spółką na podstawie umów cywilnoprawnych o celu zawartych umów, a także o tym, iż „ważne powody” wypowiedzenia umowy zlecenia w rozumieniu art. 746 § 1 Kodeksu cywilnego, to przede wszystkim utrata zaufania potrzebnego do dalszego wykonywania świadczenia oraz działania, które tą utratę zaufania uzasadniają, do umów wprowadzono postanowienia o obowiązku zachowania poufności pod rygorem zapłaty kary; umownej; za naruszenie;

8) wprowadzenie w Spółce wewnętrznej procedury przetwarzania informacji objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” regulującej w szczególności katalog informacji poufnych jak i stosowane przez Spółkę sposoby ich zabezpieczenia; 9) kontrola dostępu:

a) system RCP oraz kontroli dostępu,

b) unikatowe loginy, bezpieczne hasła ważne miesiąc, historia logowań oraz rejestrowanie zdarzeń na stanowiskach,

c) kontrola oprogramowania zainstalowanego na stanowiskach, 10) ruch w sieci:

a) wewnętrzna niewidoczna z Internetu sieć komputerowa oparta na protokole TCP/IP z zaporami firewall na stanowiskach,

b) wdrożona zasada wiedzy niezbędnej — kontrola uprawnień, uprawnienia zgodne z wymaganiami,

c) VPN do pracy zdalnej, brak udostępnionych RDP na zewnątrz,

11) bezpieczeństwo firmy:

a) Spółka posiada wdrożoną Politykę Bezpieczeństwa z Instrukcją zarządzania systemem informatycznym służącym do przetwarzania danych osobowych,

b) Spółka posiada Instrukcję postępowania w sytuacji naruszenia ochrony danych osobowych, 12) szyfrowanie poczty:

- a) *certyfiakat SSL,*
 - b) *polityka bezpiecznych haseł,*
 - c) *możliwość szyfrowania treści całej wiadomości,*
- 13) *bezpieczeństwo komputerów — wszystkie serwery spółki są umieszczone w bezpiecznych pomieszczeniach,*
- 14) *bezpieczeństwo aplikacji:*
- a) *prawa użytkowników do dostępu do określonego oprogramowania są dostosowywane na podstawie stanowiska.*
 - b) *wszystkie komputery Spółki objęte ochroną antywirusową.*

Spółka z każdym pracownikiem i osobami współpracującymi na podstawie innej, niż stosunek pracy zawiera Zobowiązania do zachowania tajemnicy służbowej.

Dowód:

- wzór Zobowiązania do zachowania tajemnicy służbowej.

Katalog podejmowanych działań, które Spółka podjęła w celu ochrony poufności informacji jest ciągle rozbudowany i wielopłaszczyznowy, a ich wspólnym celem jest kompleksowa ochrona i zachowanie w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jednocześnie należy wskazać, że w literaturze przedmiotu należyta staranność przedsiębiorcy nie jest interpretowana jako staranność absolutna, gdyż: „sam fakt prowadzenia działalności gospodarczej przez dłużnika określać będzie uzasadnione oczekiwania kontrahenta i w konsekwencji miary wymaganej staranności, co nie oznacza, że chodził tu o takie wyjątkowe miary staranności, które odbiegają od samego ujęcia kryterium należytej staranności w stosunkach cywilnoprawnych”.

Mając na uwadze zaprezentowane wyjaśnienia, poparte konkretną argumentacją odnoszącą się do specyficznej sytuacji PIWIOŚ, Spółka wskazuje, iż w przedmiotowej sprawie bezsprzecznie zaistniały wszystkie trzy przesłanki wymienione w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zastrzeżone przez PIWIOŚ jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje należy taktować Jako niejawne.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 1 grudnia 2017 r., sygn.. Akt KIO 2377/17: „w świetle art. 8 ust. 3 ustawy zamawiający nie jest zobowiązany, a wręcz nie jest uprawniony do udostępniania informacji stanowiących skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa –

zasada jawności protokołu wraz z załącznikami wyrażona w ustawie w tym zakresie doznaje ograniczenia.

Dodatkowo, PIWIOŚ przypomina, iż także na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jednolity: Dz. U. 2018 poz. 1330 ze zm.) udostępnienie zastrzeżonych przez Spółkę informacji nie jest możliwe, ponieważ zgodnie z ww. przepisem prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorstwa. Stanowisko to potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 17 lipca 2013 r. w sprawie o sygn. akt: I OSK 608/13: „Skutkiem objęcia oferty, złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, jest związanie tą klauzulą zamawiającego, który działając w charakterze podmiotu zobowiązanego do udzielenia informacji publicznej, nie ma innej możliwości niż odmówić udostępnienia dokumentów. Nie mogą wywołać zamierzonego skutku próby dowodzenia, czy to we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, czy to w skardze do sądu administracyjnego, że oferta nie zawiera rozwiązań świadczących o jej unikalności przez co brak podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.”

2. Podsumowanie i uzasadnienie zastrzeżenia przedmiotowego pisma jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Spółka wskazuje, że aby skutecznie objąć ochroną prawną określony zakres informacji istotnych dla wykonawcy, konieczne jest wyłączenie takich danych z publicznej jawności, art. poprzez podjęcie działań, które będą zmierzały do zachowania tych informacji w poufności. Na tajemnicę przedsiębiorstwa będą się więc składały takie informacje dotyczące wykonawcy, których przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie albo nabycie od osoby nieuprawnionej zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy.

W przedmiotowej sprawie, jak wskazano w niniejszym piśmie, Spółka podjęta wszelkie konieczne działania, mające na celu ochronę zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, lecz również wykazała ich szczególny charakter i wagę dla PIWIOŚ.

Jedynie na marginesie Spółka zauważa, że podziela pogląd wyrażony przez doktrynę pogląd (Paweł Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, Legalis 2012), zgodnie z którym: „(...) nie jest możliwe enumeratywne wyliczenie informacji, które mogą na gruncie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa”. Kluczowe więc dla oceny, czy dana informacja ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa jest jej ocena przez pryzmat okoliczności towarzyszących danemu wykonawcy.

W przedmiotowej sprawie bezsprzecznie zaistniały wszystkie trzy przesłanki wymienione w art. 11 ust. 2 ustawy' o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zastrzeżone przez Spółkę jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje należy traktować jako niejawnne, co PIWIOŚ wykazała w treści niniejszego pisma.

Niezależnie od powyższego, PIWIOŚ wskazuje, iż naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa będzie stanowiło naruszenie słuszných i prawnie chronionych interesów Spółki, a tym samym będzie prowadzić do odpowiedzialności odszkodowawczej. Wszystkie informacje oznaczone przez Spółkę, jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały przez nią zabezpieczone w należyty sposób przed powszechnym dostępem do nich. Żadna z tych informacji nie była opublikowana i nie ustanowiono dla niej publicznego dostępu,

Niezależnie od powyższych okoliczności PIWIOŚ wskazuje, że z uwagi na szczegółowy charakter przedmiotowych wyjaśnień oraz zawarte w nich informacje o ogromnym znaczeniu dla Spółki, utajnia całość niniejszego pisma wraz ze wszelkimi załącznikami, jako zawierające informacje tajemnice przedsiębiorstwa.

Spółka jeszcze raz podkreśla, że wszystkie informacje oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały zabezpieczone w należyty sposób przed ich publicznym ujawnieniem. PIWIOŚ nie wraża zgody na Ich upublicznienie przez Zamawiającego.

W dniu 29 października 2020 r. odwołujący wystąpił do zamawiającego o umożliwienie mu zapoznania się z dokumentami postępowania, a w szczególności z ofertą wykonawcy PIWIOŚ sp. z o.o. Zamawiający w dniu 30 października 2020 r. umożliwił odwołującemu zapoznanie się z dokumentacją postępowania, jednocześnie odmawiając ujawnienia całego dokumentu sporządzonego przez PIWIOŚ sp. z o.o. na wezwanie zamawiającego w przedmiocie złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, za wyjątkiem dowodu nr 9.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z art. 11 ust. 2 ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 7 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W związku z uwzględnieniem zarzutu głównego, zarzut ewentualny pozostaje poza rozważą Izby.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba nie podzieliła argumentu zamawiającego i przystępującego, iż zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia przez zamawiającego wyjaśnień przystępującego dotyczących zaferowanej ceny wraz z załącznikami powinien zostać odrzucony, ponieważ nie został zamieszczony w katalogu czynności, wobec których przysługuje odwołanie, wymienionych w art.180 ust. 2 ustawy P.z.p. Izba podziela stanowisko i argumentację wyrażoną w wyroku KIO z dnia 22 lutego 2018 r., sygn. akt: KIO 272/18, gdzie wskazano, że pomimo braku w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. ujęcia kwestii dotyczących możliwości wnoszenia odwołań na zastrzeżenie przez wykonawców w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa, to jednak mając na względzie fakt, że prawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa może mieć istotny wpływ na prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty, Izba uznała za zasadne rozpatrzenie tego zarzutu. Izba podziela stanowisko wskazane w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17, że wybór najkorzystniejszej oferty nie może być utożsamiany z ostatnią czynnością w sekwencji następujących po sobie działań zamawiającego, lecz winien uwzględniać czynności badania i oceny ofert złożonych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Sąd stwierdził, że „wyliczenie przez ustawodawcę w art. 180 ust. 2 p.z.p. czynności zamawiającego podlegających zakwestionowaniu odwołaniem nie musi oznaczać istotnego ograniczenia dostępności odwołania jako środka prawnego w sprawach o udzielenie zamówień podprogowych, niewątpliwie natomiast porządkuje przebieg tych postępowań i przez to usprawnia je, gdyż osoby zamierzające kwestionować działania zamawiającego korzystają z uprawnień do wniesienia odwołania w odniesieniu do czynności finalizujących pewne etapy postępowania. Ocena czynności zamykających takie etapy postępowania przed zamawiającym jako legalnych bądź nielegalnych wymaga jednak uwzględnienia działań i zaniechań zamawiającego, które zadecydowały o ostatecznym kształcie czynności będącej w świetle art. 180 ust. 2 p.z.p. samodzielnym przedmiotem zaskarżenia w odwołaniu”.

Odnosząc się natomiast do skuteczności zastrzeżenia treści wyjaśnień, Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy P.z.p., może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze i drugie ustawy P.z.p, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1010 ze zm.), przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,

- informacje te 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

- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych

informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący złożył wyjaśnienia na okoliczność wykazania zasadności dokonanych zastrzeżeń. W ocenie Izby informacje, których ujawnienia żąda odwołujący, mogą mieć charakter uzasadniający objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Przystępujący nie wykazał jednak przy tym, iż w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął działania w celu zachowania ich poufności.

Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i – jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Tym samym stwierdzić należy, iż art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. nakłada na wykonawcę obowiązek dokonania zastrzeżenia informacji w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub dokumentów składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, i jednoczesnego złożenia dowodów uzasadniających dokonane zastrzeżenie. Tymczasem przystępujący dokonane zastrzeżenia w wyznaczonym terminie nie udowodnił. Przystępujący złożył obszernie wyjaśnienia uzasadniające zastrzeżenie złożonych wyjaśnień i w wyjaśnieniach tych wymienił szereg czynności, które – jak wskazał – podjął w celu zachowania niejawności zastrzeżonych informacji, jednakże żadna z tych czynności nie została udowodniona. Wykonawca nie złożył żadnego dowodu w celu wykazania, że czynności takie w istocie zostały wykonane.

Stanowisko Izby wyrażone w wyroku stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa przepisie art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz art. 186 ust. 6 pkt 3b ustawy P.z.p.

.....