

WYROK

z dnia 4 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie **21 i 29 grudnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **10 grudnia 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. S., M. D. Lingua Lab s.c., Kraków**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługi tłumaczeniowe pisemne i ustne* (nr postępowania BDG-V.2611.26.2021.KR)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego:

A. IURIDICO Legal & Financial Translations sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku

– po stronie Odwołującego

B. Summa Linguae Technologies S.A. z siedzibą w Krakowie, GTC AMG sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia

– po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów i żądań wycofanych przez Odwołującego.**
- 2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu – odtajnienie zasadniczej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego (z wyłączeniem imion i nazwisk oraz danych identyfikujących bądź umożliwiających identyfikację konkretnych tłumaczy i weryfikatorów oraz informacji na temat kosztu zakupu narzędzi wspomagających pracę tłumaczy oraz danych kontrahentów).**

3. Kosztami postępowania obciąża Przystępującego i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
- 2) zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej w uzasadnieniu również: „ustawa Pzp”, „ustawa pzp”, „Pzp lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Usługi tłumaczeniowe pisemne i ustne* (nr postępowania BDG-V.2611.26.2021.KR).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 25 czerwca 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_121 pod poz. 319719.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

30 listopada 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Summa Linguae Technologies S.A. z siedzibą w Krakowie, GTC AMG sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej łącznie zwanych „Konsorcjum” lub „Przystępującym”}

10 grudnia 2021 r. W. S. Lingua i M. D. z Krakowa, które jako wspólniczki spółki cywilnej Lingua Lab wspólnie złożyły ofertę {dalej: „Lingua Lab” lub „Odwołujący”}, wniosły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności, a także od zaniechania odtajnienia 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 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej: „uznk”} w zw. z art. 224 ust. 6 i 226 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie odtajnienia całości wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum (z wyłączeniem imion i nazwisk tłumaczy i weryfikatorów), mimo że nie są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą oraz zawierają elementy znane powszechnie osobom zajmującym się tym rodzajem informacji, a ponadto Konsorcjum nie wykazało, że informacje te mają wartość gospodarczą i nie złożyło dowodów potwierdzających podjęcie działań w celu utrzymania tych informacji w poufności, czego konsekwencją jest utrudnienie innym wykonawcom kwestionowania ceny oferty złożonej przez Konsorcjum.

2. Art. 239 ust. 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, podczas gdy podlega ona odrzuceniu, oraz przez zaniechanie wyboru oferty LinguaLab jako najkorzystniejszej.

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

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum.
3. Odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.
4. Ponownego badania i oceny ofert.
5. Wyboru oferty LinguaLab jako najkorzystniejszej.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

W uzasadnieniu odwołania zarzut został sprecyzowany w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych.

W pierwszej kolejności Odwołujący zakwestionował obiektywną możliwość utajnienia informacji dotyczących kalkulacji ceny oferty (poszczególnych cen jednostkowych) składanej w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Według Odwołującego informacje o wysokości wynagrodzeń tłumaczy i weryfikatorów nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym nie mają wartości gospodarczej, z następujących względów.

Po pierwsze, bo informacje o średnich wynagrodzeniach tłumaczy powszechnie udostępniane i znane. W realiach rynkowych osoby o kwalifikacjach wymaganych dla realizacji przedmiotowego zamówienia otrzymują wynagrodzenie znacznie wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Z danych podmiotów prowadzących działalność w branży zasobów ludzkich wynika, że w okresie 2017-2020 mediana płac na stanowisku tłumacza wynosiła 5.100-5.450 zł brutto [źródło: S. & S., <https://wynagrodzenia.pl/moja-placa/ile-zarabia-tlumacz>].

Po drugie, bo w przypadku usług tłumaczeniowych wynagrodzenie tłumaczy to najbardziej istotny, czasem nawet jedyny składnik ceny, i jako taki nie może on zostać utajniony, gdyż uniemożliwiłoby to w ogóle weryfikację jakichkolwiek wyjaśnień składanych w zamówieniach na usługi tego rodzaju.

Po trzecie, bo w tym postępowaniu Zamawiający określił konkretną tematykę i sposób wykonania tłumaczeń, co wymaga od każdego wykonawcy współpracy z tłumaczami

o wymaganych przez Zamawiającego umiejętnościach i profilu językowym. Zatem nie ma w tym elemencie zamówienia miejsca na unikatowe know-how wykonawcy.

Po czwarte, bo sposób współpracy wykonawcy z tłumaczami nie jest dowolny, a jego ramy są ukształtowane przepisami prawa pracy. Tym bardziej element wyjaśnień odnoszący się do sposobu zatrudnienia i wysokości wynagrodzeń tłumaczy powinien podlegać ujawnieniu, gdyż tylko w taki sposób można sprawdzić, czy wykonawca stosuje przepisy w zakresie form zatrudnienia oraz wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Zdaniem Odwołującego również czas potrzebny na wykonanie tłumaczenia lub weryfikacji zalicza się do informacji powszechnie znanych wśród przedsiębiorców działających na rynku tłumaczeń.

Zgodnie z brzmieniem „Warunków tłumaczeń pisemnych” określonych przez Stowarzyszenie Tłumaczy Polskich, będącego jedynym uznanym w środowisku organem regulującym warunki wykonywania tłumaczeń: (...) 8. *Za tłumaczenie w trybie zwykłym uważa się tłumaczenie, którego objętość w przeliczeniu na jeden dzień pracy wynosi 8 stron.* (...) 11. *Stawka podstawowa za weryfikację tłumaczenia jest naliczana do 10 stron obliczeniowych dziennie.* (...) 6. *Stawka za weryfikację tłumaczenia wynosi 50 procent stawki za tłumaczenie na dany język* [źródło: <http://www.stp.org.pl/warunki-tlumaczenia-pisemne/>]. Z powyższego wynika, że w ciągu godziny można maksymalnie wykonać 1-1,5 strony tłumaczenia oraz 2-3 strony weryfikacji.

Natomiast ujawnienie odstępstw od ww. warunków tłumaczeń może wskazywać na rażąco niską cenę w ofercie. Jest to tym bardziej istotne, gdyż w jawnej części wyjaśnień Konsorcjum podważa taki czas wykonania tłumaczenia.

Odwołujący zauważył również, że również korzystanie z narzędzi informatycznych przy tłumaczeniach jest powszechną praktyką, a profesjonalne podmioty działające w branży tłumaczeniowej nie tylko znają wszystkie dostępne na rynku rozwiązania, ale również z nich korzystają.

Z kolei ponieważ tematyka i sposób wykonania tłumaczenia jest odzwierciedleniem postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”} i opisu przedmiotu zamówienia {dalej: „OPZ”} tego konkretnego zamówienia, nie tu miejsca na unikalny wkład wykonawcy. Ponadto nie można zatem uznać tego rodzaju informacji za przedstawiające wartość gospodarczą, gdyż nie nadają się do wykorzystania w żadnym innym zamówieniu.

Według Odwołującego również kalkulacja cen jednostkowych, jako przygotowana w ramach tego konkretnego zamówienia, nie przedstawia wartości gospodarczej. Ponadto jak już wskazano — opiera się ona o elementy' powszechnie znane — w szczególności wynagrodzenie tłumaczy i weryfikatorów.

Odwołujący powołał się na to, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie

wypowiadała się na temat utajnienia kalkulacji cenowej, uznając takie działanie za nieprawidłowe i bezpodstawne w świetle obowiązującej regulacji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podsumował, że powyższe kategorie informacji, niezależnie od tego, czy występują samodzielnie lub w zbiorze informacji, są dostępne dla podmiotów prowadzących działalność w branży tłumaczeń. A zebrane jako całość w wyjaśnieniach ceny są jedynie odzwierciedleniem konkretnych wymogów zamówienia i założeń, które dla wszystkich podmiotów z branży są oczywiste (wysokość wynagrodzeń tłumaczy, czas wykonania tłumaczenia, koszty stałe itd.).

Niezależnie od powyższego Odwołujący zakwestionował brak wykazania przez Konsorcjum, że wyjaśnienia zawierają informacje mające dla jego członków wartość gospodarczą, czyli pierwszej przesłanki wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk, krytycznie odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez Konsorcjum w ramach uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia.

Choć Konsorcjum wskazało, że kalkulacja została sporządzona dzięki pracy członków konsorcjum i ich know-how, w rzeczywistości jest ona odzwierciedleniem wartości przyjętego wynagrodzenia tłumaczy i weryfikatorów, czasu tłumaczenia i konkretnych wymogów co do zakresu i sposobu wykonywania tłumaczeń określonych w OPZ. Natomiast nie ma tu miejsca na zawarcie jakichś elementów know-how czy metodologii wyliczeń właściwych tylko temu wykonawcy.

Konsorcjum powołało się na to, że inni wykonawcy mogliby powziąć informacje o jego polityce cenowej, podczas gdy o polityce cenowej każdego z przedsiębiorców świadczą oferowane przez nich ceny, które są powszechnie dostępne dla każdego zainteresowanego, w szczególności jawne są ceny oferowane w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego.

Według Odwołującego każdy przedsiębiorca z branży tłumaczeniowej opiera swoją kalkulację o taką samą metodologię wyliczenia, wzbogaconą o warunki konkretnego zamówienia, które również są jawne. Ponadto Konsorcjum nawet nie wskazało, na czym ta metodologia miałaby się opierać, a doświadczenie i wiedza, o których mowa w uzasadnieniu, to okoliczności właściwe dla każdego z wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum nie podjęło się bardziej szczegółowego wytłumaczenia, na czym miałyby polegać wartości gospodarcze utajnianych informacji, a jedynie przywołało orzeczenia, niejako zmiękczające pojęcie wartości gospodarczej. Zdaniem Odwołującego tego rodzaju argumentacja nie może być wzięta pod uwagę, choćby ze względu na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które ze swej istoty jest jawne, a utajnienie jakichkolwiek informacji, nawet jako tajemnicy

przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady powinien być interpretowany ściśle.

W ocenie Odwołującego utajnione informacje nie spełniają również drugiej z przesłanek ustawowych tajemnicy przedsiębiorstwa, czyli braku powszechnego dostępu do tych informacji, z powodów, które zostały już powyżej wskazane.

Wątpliwości Odwołującego budzą również wskazywane w uzasadnieniu utajnienia argumenty co do przedsięwzięcia przez Konsorcjum stosownych działań mających na celu ochronę informacji przed ich ujawnieniem. Co prawda z treści uzasadnienia wynika deklaracja podjęcia „niezbędnych działań i środków techniczno-organizacyjnych”, jednak nie uprawdopodobniono nawet, czy faktycznie zostały one podjęte oraz jaki jest ich zakres. Wyłącznie na podstawie samych deklaracji nie sposób jednoznacznie stwierdzić, że wykonawca faktycznie wdrożył procedury, które uniemożliwiają dostęp do konkretnych informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach. Ponadto ponieważ deklarowane działania dotyczyć mogą wielu różnych aspektów działalności przedsiębiorcy, nie wiadomo, czy posłużyły one ochronie właśnie takich informacji, jak kalkulacja cenowa i jej elementy. Powyższe okoliczności mają kluczowe znaczenie dla oceny, czy dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż trzecią z przesłanek koniecznych jest podjęcie przez wykonawcę, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności.

W odpowiedzi na odwołanie z 21 grudnia 2021 r. Zamawiający zajął następujące stanowisko.

Po pierwsze, oświadczył, że uwzględnia odwołanie co do zarzutu z pkt 1. listy zarzutów w zakresie, w jakim dotyczy naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, tj. nieodtajnienia zasadniczej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny Konsorcjum, *z wyłączeniem imion i nazwisk oraz danych identyfikujących, bądź umożliwiających identyfikację konkretnych tłumaczy i weryfikatorów, z którymi Konsorcjum Summa Linguae współpracuje i których dotyczą niektóre elementy wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w zakresie w jakim ich odtajnienie mogłoby wpłynąć na ustalenie tożsamości tych osób, a także z wyłączeniem informacji na temat kwot zakupu narzędzi wspomagających pracę tłumaczy oraz danych kontrahentów).*

Zamawiający podzielił argumentację, że możliwość utajnienia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa na gruncie ustawy pzp stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, który powinien być interpretowany ściśle, tak aby w możliwie maksymalnym zakresie zapewnić transparentność postępowania, z drugiej zaś ochronę rzeczywistych tajemnic gospodarczych wykonawców.

Zamawiający, po ponownym przeanalizowaniu uzasadnienia objęcia tajemnicą

przedsiębiorstwa wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny oraz samych wyjaśnień, stwierdził, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa kluczowych, z punktu widzenia innych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, informacji dotyczących sposobu kalkulacji jednostkowych cen ofertowych jest niedopuszczalne. Celem wyjaśnień jest przekonanie zarówno Zamawiającego, jak i innych wykonawców ubiegających się o zamówienie publicznego, że mimo wystąpienia wątpliwości, przedstawione w ofercie ceny jednostkowe brutto są cenami rynkowymi i związku z tym oferta nie może zostać odrzucona.

Biorąc pod uwagę art. 537 pzp, dla Zamawiającego oczywiste jest, że właśnie uzasadnienie sposobu kalkulacji ceny, w tym cały wywód wraz z dowodami, na których oparte zostało przeświadczenie Konsorcjum, że na poziomie rynkowym określiło ceny jednostkowe, składające się ostatecznie na łączną wartość oferty, winny być przedmiotem jawnej argumentacji, zarówno w postępowaniu przetargowym, jak i w szczególności w potencjalnym postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Konkurencyjni wykonawcy powinni mieć możliwość oceny przedstawionych argumentów przy uwzględnieniu swojej specjalistycznej wiedzy na temat rzeczywistych kosztów oraz nakładu pracy przy realizacji tego typu usług.

Natomiast utajnienie argumentów co do kalkulacji poszczególnych składowych komponentów ceny oferty wypacza ideę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i czyni kontrolę prawidłowości przyjętej kalkulacji iluzoryczną.

Po drugie, Zamawiający oświadczył, że w pozostałym zakresie, tj. naruszenia art. 224 ust. 6 i 226 ust. 1 pkt 8 pzp, zarzut z pkt 1. listy zarzutów uważa za przedwczesny, a w każdym razie nieudowodniony przez Odwołującego, który wykazując interes we wniesieniu odwołania sam stwierdził, że nie mógł w niniejszym odwołaniu postawić zarzutów w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż przez niezasadne utajnienie wyjaśnień nie miał możliwości zapoznania się z przyjętymi przez Konsorcjum założeniami i składnikami cen podlegających wyjaśnieniu. W takiej sytuacji niemożliwe jest skuteczne kwestionowanie tych założeń i elementów wyceny.

Po trzecie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu z pkt 2. listy zarzutów pkt 2. odwołania jako przedwczesnego i mającego charakter wynikowy w stosunku do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 oraz 226 ust. 1 pkt 8 pzp.

W ocenie Zamawiającego brak jest możliwości podniesienia skutecznego zarzutu, że oferta Konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu, bez zapoznania się z utajnioną częścią jego wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Zamawiający wyraził przekonanie, że taka jest również intencja samego Odwołującego, który w podsumowaniu uzasadnienia odwołania formułuje pod adresem Zamawiającego żądanie anulowania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co ma umożliwić Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony

prawnej.

Na posiedzeniu Odwołujący oświadczył do protokołu, że wycofuje zarzut z pkt 1. listy zarzutów w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego, a także żądanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przystępujący wniósł pisemny sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w powyższym zakresie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Zuwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa – w zakresie zarzutów niewycofanych – została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania oraz podniósł następującą argumentację.

Jako podmiot prowadzący działalność w zakresie tłumaczeń od wielu lat, może powiedzieć, że wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, stawki stosowane przez tych samych tłumaczy w stosunku do różnych biur tłumaczeń mogą być różne, gdyż jest to uzależnione od długości dotychczasowej współpracy, warunków płatności, wielkości materiału do przetłumaczenia czy nawet relacji pozabiznesowych. Podobnie zwykle stawki dla klientów bezpośrednich są niższe. Stąd bez znaczenia dla sprawy są zgłoszone przez Odwołującego dowody, które z jednej strony dotyczą wyłącznie średniej stawki, z drugiej strony wskazują na duży rozrzut jej wysokości (od 2500 zł do 5000 zł).

Odwołujący nie jest konsekwentny, gdyż o ile w odwołaniu kładzie nacisk na wynagrodzenie tłumacza na warunkach stosunku pracy, o tyle obecnie mówi, że tłumacze działają na zasadzie wolnego strzelca, co rzeczywiście bardziej odpowiada rzeczywistości.

Niespójna jest również argumentacja Odwołującego, który z jednej strony domaga się odtajnienia wyjaśnień, twierdząc, że obejmują one okoliczności powszechnie znane, a z drugiej strony twierdzi, że bez poznania tych wyjaśnień nie może skutecznie postawić zarzutu rażąco niskiej ceny..

W istocie tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi opisana w wyjaśnieniach metodologia

tłumaczenia i organizacja pracy.

Zaprzecza, że w postępowaniu wskazywanym przez Odwołującego uzasadnienie tajemnicy było analogiczne jak w tym postępowaniu. Przede wszystkim znaczenie ma, że uzasadnienie należy oceniać łącznie z wyjaśnieniami, do których się odnosi, a te w obecnym postępowaniu są zupełnie inne, nie tylko obszerniejsze, ale oparte o zupełnie inną metodologię niż w tamtym postępowaniu. Stąd okoliczności tej sprawy są zupełnie inne niż okoliczności, które legły u podstaw rozstrzygnięcia w sprawie KIO 902/21.

Argumentacja Odwołującego świadczy o tym, że opiera się on o tradycyjną metodologię tłumaczenia, podczas gdy Odwołujący uwzględnił zasadnicze zmiany, jakie zaszły w świecie, wiążące się z możliwością prowadzenia tłumaczeń na odległość, a także z wykorzystaniem najnowszych narzędzi informatycznych. Stąd okoliczności, które Odwołujący uważa za przesądzające o wysokości cen, czyli wynagrodzenie poszczególnych tłumaczy, w rzeczywistości są tylko jednym z elementów metodologii tłumaczeń zastosowanej przez Konsorcjum, która najwyraźniej nie jest znana Odwołującemu ani tym bardziej nie jest powszechnie znana.

Uzasadnia to wniosek, że rzeczywistym celem Odwołującego jest poznanie know-how Konsorcjum, a nie możliwość zweryfikowania, czy cena jego oferty nie jest rażąco niska. W tym kontekście zwraca uwagę, że we wspomnianym na rozprawie innym postępowaniu Odwołujący, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Konsorcjum, nie złożył odwołania.

Zwraca również uwagę na niebezpieczeństwo ustalenia danych tłumaczy na podstawie innych, niż dane osobowe, informacji odnoszących się np. do miejsca zamieszkania, wynikających z dowodów załączonych do wyjaśnień.

W przekonaniu Przystępującego wykazał należycie nie tylko przesłankę wartości gospodarczej, ale pozostałe przesłanki warunkujące prawidłowe zastrzeżenie wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ramach wykazania legitymacji do wniesienia odwołania Odwołujący podniósł

w szczególności, że gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził badanie i ocenę oferty Konsorcjum, uznałby za nieskuteczne objęcie przez nie tajemnicą przedsiębiorstwa najistotniejszej części wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty za nieskuteczne, a w konsekwencji odtajniłby je. Dzięki temu Odwołujący mógłby skutecznie podnieść zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum, a w efekcie – w ramach skorzystania ze środków ochrony prawnej – mógłby doprowadzić do odrzucenia tej oferty. Wówczas to Odwołujący uzyskałby zamówienie, gdyż jego oferta oceniona według kryteriów oceny ofert byłaby najkorzystniejsza.

Odwołujący zaznaczył, że w przypadku uwzględnienia w powyższym zakresie odwołania przez Zamawiającego lub też podjęciu decyzji o kolejnym częściowym odtajnieniu, wnioskuje o unieważnienie wyniku postępowania, gdyż jest to konieczne, aby miał możliwość weryfikacji udostępnionych mu informacji oraz ich zakwestionowania w trybie określonym przepisami ustawy pzp.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał w ten sposób spełnienie zarówno przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, jak i przesłanki dotyczącej możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, których naruszenie objęte jest zarzutem z pkt 1. listy zarzutów. Legitymacja Odwołującego do wniesienia odwołania w powyższym zakresie nie była też kwestionowana w toku postępowania odwoławczego.

Z kolei *de facto* w pozostałym zakresie odwołanie zostało wycofane.

{umorzenie w zakresie zarzutów i żądań wycofanych}

Izba poczytała oświadczenie złożone przez Odwołującego na posiedzeniu za *de facto* wycofanie odwołania w takim zakresie, w jakim nie zostało ono uwzględnione przez Zamawiającego.

Skoro według art. 520 ust. 1 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a Izba w takim przypadku na podstawie art. 568 pkt 1 pzp umarza postępowanie odwoławcze, również w przypadku wycofania przez odwołującego odwołania w części, w takim zakresie postępowanie odwoławcze powinno zostać umorzone.

Stąd za prawidłowe należy uznać odzwierciedlenie w orzeczeniu kończącym postępowanie odwoławcze w sprawie tego odwołania, że w zakresie zarzutów, które zostały wycofane przez Odwołującego, podlega ono umorzeniu, jak to wskazano w pkt 1. sentencji.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że ostatecznie przedmiotem rozpoznania w tej sprawie jest zasadność utajnienia wyjaśnień w zakresie wykraczającym poza imiona i nazwiska oraz inne dane identyfikujące bądź umożliwiające identyfikację konkretnych tłumaczy i weryfikatorów, informacje na temat kosztu zakupu narzędzi wspomagających pracę tłumaczy oraz dane kontrahentów, których odtajnienia i udostępnienia Odwołujący nie domaga się.

W ramach wyjaśnień dotyczących ceny z 16 listopada 2021 r. Konsorcjum przedstawiło następujące uzasadnienie dla wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

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

Konsorcjum wskazuje, że informacje zawarte w kalkulacjach i wyjaśnieniach do nich mają dla Spółki przede wszystkim charakter organizacyjny, techniczny i technologiczny oraz posiadają konkretną wartość gospodarczą.

Przyjęta metodologia kalkulacji ceny oferty stanowi wynik lat doświadczeń i know-how członków Konsorcjum, które przekładają się bezpośrednio na możliwość przyjęcia określonych założeń w wyjaśnieniach ceny zaoferowanej w Postępowaniu. Wskazana wiedza i doświadczenia w zakresie funkcjonowania rynku tłumaczeń, ale przede wszystkim dotychczas wykonane umowy w sprawie zamówienia publicznego pozwalają na dobór odpowiedniego personelu, określenie niezbędnego sprzętu, programów, innych czynników określonych szczegółowo w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny, mających bezpośredni wpływ na koszty ponoszone przez Wykonawcę. Przekłada się to również na możliwość określenia ryzyka w zależności od zakresu i rodzaju danego zamówienia, z uwzględnieniem ewentualnej odpowiedzialności. Wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania umowy, które w związku ze wcześniejszymi realizacjami ograniczone jest do minimum.

Ponadto zdobyte dotychczas doświadczenie, know-how w branży tłumaczeń znajduje bezpośrednie odzwierciedlenie w organizacji pracy członków Konsorcjum, indywidualnym podejściu do realizacji usług, obowiązującym wewnętrznym regułom zarówno między członkami Konsorcjum, jak i w wewnętrznych procedurach u każdego z członków Konsorcjum, co pozwala, jak wykazał Wykonawca na odpowiednią optymalizację kosztów i zapewnienie zysku z realizacji usług.

Wszystkie wskazane czynniki przekładają się bezpośrednio na pozycję rynkową członków Konsorcjum na rynku tłumaczeń, dzięki której Wykonawca nawiązuje współpracę ze specjalistami o wysokich kwalifikacjach na korzystnych warunkach finansowych, ponadto

pozycja rynkowa pozwala na zawieranie na korzystnych warunkach umów z kontrahentami dostarczającymi niezbędne oprogramowanie Informatyczne oraz narzędzia pracy wykorzystywane do realizacji świadczonych usług.

Ponadto doświadczenie członków Konsorcjum, przekłada się na możliwość oferowania korzystnych warunków finansowych za realizowane usługi finansowe na rynku publicznym jak i prywatnym i uzyskiwania kolejnych zamówień, co w konsekwencji prowadzi do możliwości dywersyfikacji kosztów działania członków Konsorcjum, kosztów urlopów, itp. między realizowane w jednym czasie usługi.

Należy zatem uznać, że zawarte w wyjaśnieniach informacje dotyczące metodologii kalkulacji stanowią informacje o charakterze organizacyjnym, technicznym i technologicznym, a posiadana przez nie wartość gospodarcza przejawia się w postaci zarówno pozycji rynkowej Wykonawcy jak środkach finansowych, jakie ponieśli członkowie Konsorcjum w wypracowaniu określonych metod działania, ich strategii biznesowej.

Na podstawie tych informacji Inne firmy konkurencyjne mogą powziąć informacje o polityce cenowej; potencjale członków Konsorcjum, Ich powiązaniach handlowych, sposobie organizacji Ich przedsiębiorstw, przyjętej metodologii działania 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 członków Konsorcjum na rynku. Sektor, w którym działają członkowie Konsorcjum jest wysoce konkurencyjny oraz podlega stałemu i dynamicznemu rozwojowi technologicznemu, co powoduje, że podmioty konkurujące ze sobą na tym rynku muszą realnie dbać o swój potencjał konkurencyjny.

Powzięcie przez konkurentów członków Konsorcjum wiedzy o informacjach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa może mieć rzeczywisty i negatywny wpływ na pozycję rynkową każdego z nich, znacznie ją osłabiając. Konsekwencją ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach może być ponadto ograniczenie możliwości zdobywania kolejnych kontraktów, zarówno w sektorze publicznym jak i niepublicznym. Dla większości firm, w tym dla członków Konsorcjum, sam fakt nawiązania współpracy handlowej, oferowania określonego wynagrodzenia osobom współpracującym, stanowi tajemnicę handlową.

Powyższe informacje to wyraz wiedzy i doświadczenia zdobywanych przez członków Konsorcjum w ciągu wielu lat funkcjonowania na rynku i w branży tłumaczeń. Zdobycie wiedzy i doświadczenia wiąże się z istotnymi nakładami finansowymi, organizacyjnymi i technologicznymi, które mają realną wartość gospodarczą. Jednakże, nie jest konieczne przedstawianie jej w postaci konkretnego miernika wartości w ścisłym tego słowa znaczeniu, co potwierdziła KIO m.in. w wyroku z dnia 3 marca 2020 r, sygn. KIO 330/20: (...)

Wskazać również należy, że o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przesądzać

również sam fakt uznawania tych informacji za informacje poufne; co zostało potwierdzone m.in. w wyroku Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 7 października 2020 r. sygn. akt II SA/Gd 224/20: (...)

Wskazać również należy, że informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny zaoferowanej w Postępowaniu, trzeba traktować jako zbiór informacji stanowiący funkcjonalną, nierozzerwalną całość. Do tego typu zbioru informacji nawiązuje również art. 11 ust. 2 UZNK, który dopuszcza możliwość zastrzegania jako tajemnicy zbioru informacji, w tym przypadku metodologii kalkulacji, a nie poszczególnych zawartych w niej informacji. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 4 lutego 2021 r., sygn. KIO 59/21: (...)

(...)

Podkreślić należy także, że zastrzegane informacje:

(...)

b. ujawnienie tych wiadomości mogłoby wiązać się z niepożądanymi działaniami konkurencji a co za tym idzie wpłynąć na pogorszenie sytuacji gospodarczej członków Konsorcjum;

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

(...)

Wszystkie dane, oświadczenia i kalkulacje zastrzeżone przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie są ani powszechnie znane ani łatwo dostępne innym osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, w szczególności jako zespół komplet informacji w kształcie i treści tożsamej z Informacją złożoną w Postępowaniu.

Wskazać również należy, że pomimo wielu podmiotów działających na rynku I w branży usług tłumaczeń (osoby zwykle zajmujące się rodzajem informacji), szczegółowa specyfika funkcjonowanie danych podmiotów jest różna w zależności od wielkości przedsiębiorstwa, liczby realizowanych usług i wpływających stąd indywidualnych możliwości realizacji tych usług, w tym możliwości kalkulacji ceny w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Żaden inny podmiot, poza, w tym przypadku członkami Konsorcjum, nie ma wiedzy w kwestii szczegółów dotyczących metodologii kalkulacji oferowanej ceny, czynników mających na nią wpływ. Zatem bez wątpliwości metodologia kalkulacji stanowi zbiór informacji, jak już wskazano wcześniej mający wymierną wartość gospodarczą.

W szczególności należy zauważyć, że załączone w ramach złożonej oferty kalkulacje świadczą o potencjale ekonomicznym i możliwej przewadze nad konkurencją i zawierają informacje o charakterze biznesowym i organizacyjnym mające realną wartość gospodarczą. Nowelizacja ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji usankcjonowała wyrażany

od wielu lat w orzecznictwie obowiązek zamawiającego badania tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do zestawienia i zbioru elementów takiej Informacji. Tytułem przykładu należy Jedynie wskazać: (...)

Informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa na mocy niniejszego pisma nie są powszechnie znane. osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Nie istnieje możliwość pozyskania Ich w normalnym i zgodnym z prawem toku działania, np. za pośrednictwem Internetu lub w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Członkowie Konsorcjum korzystają z własnych zasobów przy realizacji ograniczyli dostęp do Informacji mających przymiot informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie do niezbędnego grona osób w ramach członków Konsorcjum.

Z uwagi na szczególne wymagania danego zamawiającego, kalkulacje przygotowane przez Konsorcjum są „skrojone” i dostosowane do specyfiki danej Taka sytuacja zachodzi także w niniejszym postępowaniu. Skoro Konsorcjum nie udostępnia żadnym podmiotom, poza przypadkami wynikającymi z przepisów prawa, informacji o metodach wyceny, pozyskanych rabatach i sposobie korzystania z nich, tym bardziej kalkulacje złożone w Postępowaniu nie są ani łatwo ani powszechnie dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji.

3) Podjęcie, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności

Członkowie Konsorcjum podjęli wszelkie niezbędne działania oraz środki techniczno-organizacyjne, których celem było utrzymanie Informacji. objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w poufności, między Innymi poprzez:

- 1) zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, o których mowa w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia, we wszelkich postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których uczestniczą członkowie Konsorcjum;*
- 2) ograniczenie kręgu osób, które mają dostęp do ww. Informacji do niezbędnego minimum obejmującego wyłącznie pracowników członków Konsorcjum i osoby, które uprzednio podpisały z członkami Konsorcjum umowę o zachowaniu w poufności tych Informacji, pod rygorem zapłaty kar umownych;*
- 3) zamieszczanie we wszelkiej korespondencji związanej z informacjami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym także w korespondencji mailowej, klauzuli „poufne”;*
- 4) zabezpieczanie na serwerach członków Konsorcjum informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa hasłem dostępu;*
- 5) zobowiązanie pracowników członków Konsorcjum oraz osób, z którymi członkowie Konsorcjum współpracują na podstawie umów cywilnoprawnych, do zachowania w poufności*

informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa;

6) cykliczne przypominanie pracownikom 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 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 zakazu wnoszenia przez pracowników członków Konsorcjum poza ich siedziby dokumentów i innych nośników zawierających informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa;

9) wprowadzenie zakazu używania poczty służbowej i komputerów przenośnych do innych celów niż służbowe;

10) przechowywanie dokumentów zawierających Informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w wydzielonych pomieszczeniach, do których dostęp weryfikowanych jest za pomocą Identyfikatora;

11) przechowywanie nośników z kopiami zapasowymi w wydzielonych pomieszczeniach, do których dostęp weryfikowanych Jest za pomocą identyfikatora;

12) cykliczne szkolenia pracowników oraz osób, z którymi członkowie Konsorcjum współpracują, z wewnętrznych procedur obejmujących zasady postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa;

13) ustanowienie wysokich kar umownych za naruszenie klauzul dotyczących poufności w umowach z podmiotami trzecimi;

14) zabezpieczenie serwerów członków Konsorcjum przed nieuprawnionym pozyskaniem danych z zewnątrz;

15) instalacja oprogramowania antywirusowego, systemów typu firewall i odpowiedniej konfiguracji aktualizacji oprogramowania na każdym stanowisku pracy związanym z dostępem do Informacji;

Katalog podejmowanych działań, które członkowie Konsorcjum podjęli 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: (...)

Reasumując, treść przedstawionego uzasadnienia nie wykazuje, że informacje zawarte w złożonych wyjaśnieniach dotyczących i załączonych do nich dowodach mają 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 części opisowej wyjaśnień, choćby przez odesłanie do konkretnych jego fragmentów. Uzasadnienie 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.

Konsorcjum nie wykazało również, że przy zachowaniu należytej staranności podjęło działania w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności. W tym zakresie Konsorcjum ponownie ograniczyło się wyłącznie do ogólnych deklaracji o podjęciu takich działań i wyszczególnieniu ich katalogu.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

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 2020 r. poz. 1913 ze zm.).

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 sprostало ciężarowi wykazania, że jego wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co oznacza, że potwierdził się podtrzymany zarzut odwołania.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp Izba uwzględniła 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 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 zarzuty, których skutkiem może być odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum tego wykonawcę. Wynik postępowania może zatem ulec jeszcze zmianie. Takie stanowisko jest zgodne z dotychczasową linią orzeczniczą Izby, a dodatkowo zostało potwierdzone przez Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu przywołanego powyżej wyroku z 1 października 2021 r.

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 3. 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 2 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 Przystępującego.