

Sygn. akt: KIO 3370/22

**WYROK**  
**z dnia 5 stycznia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Anna Kuszel-Kowalczyk**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 3 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **INDIGO Polska S.A. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Miejskich w Grudziądzu**

przy udziale wykonawcy **City Parking Group Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę **INDIGO Polska S.A. z siedzibą w Gdańsku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2022, poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodnicząca:** .....

## **Uzasadnienie**

Zarząd Dróg Miejskich w Grudziądzu, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2022, poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest: „Zorganizowanie i prowadzenie obsługi płatnych niestrzeżonych parkingów dla pojazdów samochodowych na terenie miasta Grudziądza w ustalonej przez Radę Miejską w Grudziądzu Strefie Płatnego Parkowania z podziałem na strefę A i strefę B” oraz na opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych dotyczących przebudowy parkingu przy ul. Sienkiewicza w Grudziądzu”, ZDM.ZP.261.3.1.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2022/S 179-505759 w dniu 16 września 2022 roku.

Wobec odmowy odtajnienia całości wyjaśnień spółki City Parking Group sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu („CPG”) z dnia 30 listopada 2022 roku w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych dotyczących oferty złożonej przez CPG w Postępowaniu przez zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 19 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca INDIGO Polska S.A. z siedzibą w Gdańsku, zwany dalej „Odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) („UZNK”).

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia w całości wyjaśnień spółki City Parking Group sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu z dnia 30 listopada 2022 roku w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych dotyczących oferty złożonej przez CPG w Postępowaniu i ich udostępnienia Odwołującemu,
- 3) przeprowadzenie dowodu z:
  - a. dokumentacji Postępowania, oraz
  - b. dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania na okoliczności w nimi wskazane,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

### Uzasadnienie odwołania

Odwołujący przedstawił okoliczności faktyczne sprawy i podał, że Zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego, prowadzone w trybie art. 132 Pzp, którego przedmiotem jest: „Zorganizowanie i prowadzenie obsługi płatnych niestrzeżonych parkingów dla pojazdów samochodowych na terenie miasta Grudziądz w ustalonej przez Radę Miejską w Grudziądzu Strefie Płatnego Parkowania z podziałem na strefę A i strefę B” oraz na opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych dotyczących przebudowy parkingu przy ul. Sienkiewicza w Grudziądzu”.

Dalej Odwołujący podał, że w Postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Odwołującego – INDIGO POLSKA S.A. na kwotę 15.760.000,00 złotych oraz wykonawcy CPG na kwotę 12.516.000 złotych.

W związku z niską wartością oferty CPG w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia (20.000.000,00 złotych), Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, wezwał CPG do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych dotyczących oferty złożonej przez CPG w Postępowaniu.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, CPG złożył wyjaśnienia, których treść została zastrzeżona jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa CPG. W sekcji I udzielonych wyjaśnień, CPG przedstawił uzasadnienie czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołującemu udostępniono jedynie tę część wyjaśnień, natomiast pozostałe ich części pozostały utajnione.

Odwołujący ocenił, że przedstawione przez CPG uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest lakoniczne, ogólne i nie odnosi się do konkretnych informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa tej spółki. Ponadto zaprezentowane uzasadnienie nie zostało poparte jakimikolwiek dowodami potwierdzającymi zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym uzasadnienie to nie spełnia wymagań wynikających z przepisów Pzp oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego skutecznego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że przedkładane przez wykonawców uzasadnienia czynności zastrzeżenia poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powinny być konkretne, precyzyjne, odnoszące się bezpośrednio do sytuacji podmiotowej danego wykonawcy, a przede wszystkim należyce udowodnione. Odwołujący przywołał cytaty z następujących orzeczeń i opinii Izby: KIO 778/22 - wyrok KIO z dnia 05 kwietnia 2022 roku, KIO 479/22 - wyrok KIO z dnia 14 marca 2022 roku, KIO 101/22 - wyrok KIO z dnia 11 lutego 2022 roku,

KIO 110/22 - wyrok KIO z dnia 07 lutego 2022 roku, KIO 80/22 - wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2022 roku, KIO/KU 24/21 - uchwała KIO z dnia 15 grudnia 2021 rok, KIO 2044/21 - wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2021 roku, KIO 880/22, wyrok z dnia 20 kwietnia 2022 r., KIO 764/22, wyrok z dnia 7 kwietnia 2022 r., KIO 674/22, wyrok z dnia 31 marca 2022 r.

W świetle powyższego Odwołujący stwierdził, że ze względu na brak należytego uzasadnienia i przede wszystkim brak udowodnienia przez CPG, iż zastrzeżone przez tego wykonawcę informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, Zamawiający nie miał podstaw do podtrzymania tego zastrzeżenia i utajnienia omawianych wyjaśnień wobec Odwołującego. Działanie to Odwołujący uznał za niezgodne z przepisami Pzp.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że dostęp odwołującego do wyjaśnień CPG z dnia 30 listopada 2022 roku w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia możliwości dokonania oceny prawidłowości udzielonych wyjaśnień, tzn. tego czy wykonawca sprostał wymogowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w jego ofercie, które to domniemanie powstało w związku z skierowanym przez Zamawiającego wezwaniem. Jak bowiem wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 Pzp stanowi bowiem, że podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (KIO 173/22 - wyrok KIO z dnia 7 lutego 2022 roku). Odwołujący podniósł, że jeżeli udzielone przez CPG wyjaśnienia nie wypełniają wymogów wynikających z art. 224 ust. 3 Pzp, nie są kompleksowe i precyzyjne, nie potwierdzają prawidłowości zaoferowanej ceny, a nade wszystko nie są poparte odpowiednimi dowodami, oferta CPG powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. W takiej sytuacji oferta Odwołującego stanie się jedyną ofertą w Postępowaniu, co uzasadnia dążenie Odwołującego do kompleksowego poznania treści oferty oraz wyjaśnień ceny ofertowej CPG. Dzięki temu Odwołujący uzyska możliwość weryfikacji prawidłowości procesu oceny oferty CPG dokonywanego przez Zamawiającego. Umożliwi mu to w dalszej kolejności wystąpienie z odpowiednim, kolejnym odwołaniem do Krajowej

Izby Odwoławczej (jeśli oferta CPG zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu) lub też przystąpienie do postępowania odwoławczego wszczętego przez CPG w przypadku, gdyby oferta tego podmiotu została odrzucona. Odwołujący zaznaczył, że faktyczna realizacja tych uprawnień zależy jednak w znacznej mierze od uzyskania możliwości dostępu do wyjaśnień ceny ofertowej złożonych przez CPG. Odwołujący podniósł, że dostęp do udzielonych przez CPG wyjaśnień jest kluczowy z punktu widzenia możliwości weryfikacji prawidłowości przyjętych przez CPG założeń finansowych oferty. W branży obsługi ogólnodostępnych parkingów miejskich (stref płatnego parkowania) poza elementami kosztowymi, szczególnie istotnym elementem wpływającym na wysokość cen składanych ofert jest przyjęcie odpowiedniej, realistycznej polityki przychodowej, opartej o aktualne stawki opłat za parkowanie w danej gminie, określone w obowiązującej uchwale rady gminy (akcie prawa miejscowego). Wynika to z faktu, że cena w tego typu postępowaniach jest wyrażona jako procent od całkowitej wartości opłat wnoszonych przez kierowców w strefie płatnego parkowania (prowizja). Przychód przyjęty przez Wykonawcę ma bezpośredni wpływ na cenę oferty i powinien wynikać bezpośrednio z realnego przychodu strefy płatnego parkowania opartego o obowiązujące stawki opłat w strefie płatnego parkowania. Przyjęta przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu wysokość przychodu strefy płatnego parkowania, jako stanowiąca istotny element obliczenia ceny w ofercie wykonawcy, nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący ocenił, że w Postępowaniu nie występują żadne przesłanki przemawiające za przyjęciem, że nie może on poznać wysokości przychodu, który został przyjęty przez CPG jako podstawa obliczenia ceny oferty. W ocenie Odwołującego, nie byłoby dopuszczalne przyjmowanie na potrzeby składanej w Postępowaniu oferty, założeń przychodowych oderwanych od obecnie obowiązujących stawek opłat za parkowanie czy też przyjmowanie określonych założeń co do wzrostu tych stawek w przyszłości. Odwołujący podkreślił, że stawki opłat w strefie płatnego parkowania nie zależą bowiem od woli wykonawcy, ale od polityki danej gminy w tym zakresie oraz podejmowanych w tym zakresie uchwał.

Odwołujący wskazał, że w jego interesie leży możliwość weryfikacji czy założenia oferty cenowej CPG zostały przygotowane w sposób prawidłowy i realistyczny. Weryfikacja ta nie jest jednak możliwa bez dostępu do, wadliwie naszym zdaniem, zastrzeżonych dokumentów – wyjaśnień ceny ofertowej CPG.

W dniu 29 grudnia 2022 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania.

W dniu 3 stycznia 2023 r. wykonawca City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu złożył do akt sprawy pisemne stanowisko w sprawie.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, pisma procesowe stron i uczestnika postępowania wraz załącznikami, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu (dalej Przystępujący lub CPG). Wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że Odwołujący wnosząc odwołanie nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia oraz że nie wykazał szkody jaką poniósł lub może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Interes podmiotu korzystającego ze środka ochrony prawnej w ujęciu ww. przepisu stanowi przesłankę materialnoprawną tego środka. Przyjmuje się, że interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie to każdy interes, tj. interes faktyczny i prawny. Wiąże się on z chęcią uzyskania zamówienia, przy czym należy zaznaczyć, że w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w sposób szeroki tak aby realizował się cel jakim jest możliwość skutecznego zaskarżenia. Posiadanie tego interesu decyduje o istnieniu legitymacji czynnej do wniesienia środka ochrony prawnej, zatem musi on zostać wykazany na etapie wnoszenia danego środka. Powyższe oznacza to, że art. 505 Pzp w sposób szeroki wyznacza legitymację czynną, czyli m.in. do wniesienia odwołania w sprawie zamówienia. Wystarczy już bowiem sama chęć uzyskania zamówienia. Istotne jednak jest przy tym kryterium zobiektywizowane, zgodnie z którym odwołujący musi wykazać potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia, wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia. Tak szerokie zakreślenie w ustawie kręgu osób legitymowanych do wniesienia środka ochrony prawnej ma swoje źródło w postanowieniach art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, który stanowi, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego

naruszenia. Analogiczne postanowienia zawiera również art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG. Ocena, czy dany podmiot posiada interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie winna być badana na gruncie okoliczności faktycznych konkretnej sprawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 28 września 2022 r. XXIII Zs 112/22 ). W ocenie Izby Odwoławczy sprostął temu wymaganiu, wskazując w odwołaniu, że uzyskanie dostępu do informacji zastrzeżonych przez Przystępującego, pozwoli mu zweryfikować złożone przez CPG wyjaśnienia ceny oferty, a w dalszej kolejności umożliwi mu wystąpienie z odpowiednim, kolejnym odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej (jeśli oferta CPG zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu) lub też przystąpienie do postępowania odwoławczego wszczętego przez CPG w przypadku, gdyby oferta tego podmiotu została odrzucona (opcja druga zmaterializowała się w postępowaniu w związku z odrzuceniem oferty CPG w dniu 22.12.2022 r. i zaskarżeniem tej decyzji przez tego wykonawcę do KIO). Ponadto Odwoławczy wskazał, że w sytuacji odrzucenia oferty CPG jego oferta stanie się jedyną ofertą w postępowaniu. Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego Odwoławczy wykazał istnienie przesłanek korzystania ze środków ochrony prawnej.

**Izba ustaliła, że:**

Okoliczności faktyczne sprawy przedstawione przez Odwoławczego są zgodne z ustaleniami Izby, więc nie będą powtarzane.

Przywołane w odwołaniu podstawy prawne stanowią:

- art. 18 ust. 3 ustawy Pzp - Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.
- art. 11 ust. 2 ustawy uznk - 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.

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

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Izba odnośnie argumentacji Odwołującego dot. wadliwości postawionego zarzutu m.in. w zakresie niewłaściwych podstaw prawnych i braku ich korespondencji z zaniechaniem zarzucanym Zamawiającemu wskazuje, że postawiony zarzut umożliwiał rozpoznanie sprawy. Wskazać należy, że Izba nie jest związana kwalifikacją prawną zarzutu wskazaną w odwołaniu. Jednak na podstawie podanego w odwołaniu stanu faktycznego KIO może samodzielnie zakwalifikować działanie Zamawiającego jako naruszenie konkretnego przepisu ustawy. O tym, jakie zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne, na które strona się powołuje, a przedstawione przez Odwołującego okoliczności były wystarczające do zrekonstruowania podnoszonego zarzutu i rozpoznania go.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez zaniechanie ujawnienia całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dn. 30.11.2022 r. złożonych przez Przystępującego, mimo że CPG nie wykazało spełnienia wszystkich przesłanek dla skutecznego objęcia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz nie złożyło stosownych dowodów.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Jak stanowi ust. 2 zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z ust. 3 nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.



Jak wynika z powyższych przepisów kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, iż jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać nieujawnione tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich poufnego charakteru. Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zgodnie z tym przepisem 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. W konsekwencji w celu skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w uzasadnieniu zastrzeżenia należy wykazać, że po pierwsze dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacja ta 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, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tej informacji działania w celu utrzymania jej w poufności. Wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze okoliczność, iż Odwołującemu udostępniona została pełna treść uzasadnienia dołączonego przez Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wykazującego poufność informacji przedstawionych w tych wyjaśnieniach. Wyłączeniu podlegały jedynie załączniki wskazujące na skonkretyzowane, materialne środki, jakie Przystępujący podjął w celu zachowania informacji w poufności. Zadaniem Odwołującego, który z zaniechania udostępnienia mu przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego

wywodził skutek prawny w postaci naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, było przedstawienie twierdzeń, popartych w granicach celu dowodami, które wykazywałyby, że przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie potwierdza spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. To na Odwołującym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp i to Odwołującego obciążają negatywne konsekwencje zaniechania podjęcia stosownej inicjatywy dowodowej. Jak zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 573/19 „ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu. (...) Kontradyktoryjność postępowania przed KIO, oznacza nie tylko to, że na stronach spoczywa ciężar dowiedzenia swoich twierdzeń ale również to, że żadna ze stron nie ma obowiązku wykazywać inicjatywy w postępowaniu, bowiem ponosi ryzyko jej zaniechania.” (por. wyrok Izby z dn. 28.01.2021 r. sygn. akt KIO 26/21).

Izba stwierdziła, że wskazana w odwołaniu argumentacja, sprowadzająca się w znacznej mierze do przywołania poglądów orzecznictwa, w zasadzie nie odnosi się do treści uzasadnienia przedstawionego przez Przystępującego. Uzasadnienie to było obszerne, stosunkowo szczegółowe w obszarze odnoszącym się do wykazania przesłanek objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący zaś w żadnym miejscu odwołania w sposób merytoryczny nie referuje do jego treści, poprzestając na lakonicznej tezie, że uzasadnienie to jest ogólne i nie potwierdza zasadności poczynionego utajnienia. Powyższa teza nie została poparta żadną konstruktywną argumentacją, co samo w sobie przesądza o bezzasadności stawianego zarzutu. Aspektem poruszonym w odwołaniu był brak wykazania przez Przystępującego podjęcia kroków mających na celu zachowanie informacji w poufności, stanowisko Odwołującego oparte zostało jednak nie na przedstawionej przez Przystępującego w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa argumentacji, lecz wyłącznie na podejrzeniu braku dołączenia dowodów potwierdzających podjęcie takich kroków. Dowody takie (dokumenty potwierdzające wdrożone przez Przystępującego obowiązki służące zachowaniu informacji w poufności) zostały jednak załączone przez Przystępującego do treści pisma i częściowo odpowiadały środkom opisanym przez Przystępującego w treści uzasadniania. Na powyższe w toku postępowania odwoławczego zwracał uwagę także Zamawiający i Przystępujący. Tym samym twierdzenia Odwołującego nie znalazły potwierdzenia na gruncie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie podważył skuteczności zastrzeżenia przez Przystępującego określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....